

Die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung bei der Rechtsanwendung

von
Herbert Schöpf
aus
Lichtenfels

1971

1972 # 17

Die Wechselberührung zwischen
Sachverhalt und Rechtsanwendung
bei der Rechtsanwendung

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung bei der Rechtsanwendung

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Herbert Schöpf

aus

Lichtenfels

Die Wechselbeziehung zwischen
Sachverhalt und Normenordnung
bei der Rechtsanwendung

Inaugural-Dissertation
des Juristischen Fakultät
der Universität
Leiden
Königshausen & Weyers



Referent: Professor Dr. Reinhold Zippelius

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1971

INHALT

§ 1	Die Wechselbeziehung als methodologisches Problem	1
§ 2	Der Sachverhalt - Ausgangspunkt der Rechtsanwendung	6
	I Vom Fall zum Sachverhalt	6
	II Die für die Normensuche erforderliche Ausgestaltung des Sachverhalts	11
	1. Die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der Subsumtion	11
	2. Hruschkas Theorie - Kritik	15
	3. Krieles Theorie - Kritik	23
§ 3	Die Suche nach den relevanten Normen	31
	I Der Denkstil	31
	1. Formale Logik	31
	2. Topik	38
	II Die Frage nach dem Recht	45
	III Topoi	50
	1. Ihre Funktion	50
	2. Das System als Topoikatalog	56
	3. Invention	62
	4. Die für die Invention maßgeblichen Faktoren	82
§ 4	Die Bedeutung der Rechtsordnung für die Sachverhaltsbildung	90
	I Die Frage nach dem Fall	90
	II Topik	101
	III Die Auswirkungen der rechtlichen Beeinflussung	106

§ 5 Die Wechselbeziehung im Auslegungsstadium 111

I Die Problematik der praktischen Interpretation 111

II Der Denkstil 121

III Die Topoi der praktischen Auslegung 130

IV Die Wechselbeziehung zwischen Normkonkretisierung und Sachverhaltsbildung .. 143

V Anwendung - Auslegung - Subsumtion 152

§ 1 Die Wechselbeziehung als methodologisches Problem

Das Phänomen der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung bei der Rechtsanwendung ist bereits seit langem bekannt. Man war sich schon frühzeitig darüber im klaren, daß die Konstituierung der relevanten Tatsachen und ihre rechtliche Beurteilung nicht parallel und unabhängig voneinander verlaufen, sondern sich wechselseitig bestimmen. Die Ursache hierfür liegt in der Struktur des Rechtsanwendungsaktes: Er bezweckt, Aufschluß darüber zu geben, wie ein faktischer Zustand oder Vorgang unter dem Gesichtspunkt des Rechts zu würdigen ist und welche normativen Folgen sich aus dieser Zuordnung für den in Frage stehenden "Fall" ergeben. Bevor aus einer solchen geistigen Verknüpfung von Sein und Sollen abschließende Erkenntnisse gewonnen werden können, muß zunächst feststehen, welcher Ausschnitt aus der realen Welt zu welchen Normen in Beziehung zu setzen ist. Eine Auswahl unter den wahrgenommenen Fakten ist deshalb erforderlich, weil für das Recht nur bestimmte gerechtigkeitsbezogene Geschehensabläufe von Bedeutung sind. Da jedoch andererseits die Intention des positiven Rechts dahin geht, die rechtlich bedeutsame Materie in ihrer Gesamtheit zu regeln, sind zur rechtlichen Beurteilung eines einzelnen Tatsachenkomplexes nicht sämtliche zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Raum geltenden Normen heranzuziehen, sondern gleichfalls nur eine Auswahl von ihnen. Der in Frage stehende und im Einzelfall wahrgenommene Wirklichkeitsausschnitt ist nämlich seinerseits immer nur ein winziger Sektor jenes tatsächlichen Geschehens, das eine

Affinität zum Recht aufweist.

In logischer Hinsicht ist diese kurze Analyse der Rechtsanwendung bedenkenfrei.¹ Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß damit im Hinblick auf eine rationale Erfassung der Strukturen des Rechtsanwendungsvorgangs noch nicht viel gewonnen ist. Denn mit der Erkenntnis, daß eine Auswahl stattfinden muß, ist nicht zugleich auch schon die Einsicht verbunden, wie diese Auswahl vonstatten geht. Hruschka² bemerkt zu Recht, daß die formale Logik nicht angeben könne, welche Fakten im einzelnen für die rechtliche Beurteilung eines Vorgangs von Bedeutung sind. Die Logik als solche stellt keinen Wertmaßstab dar, der bestimmte Tatsachen aus der Fülle der Ereignisse herausheben könnte. Es ist also nach wie vor die Frage offen, nach welchen Denkstrukturen sich die Auswahlprozesse im rechtlichen wie im tatsächlichen Bereich vollziehen. Der Rechtsanwendung liegt somit eine Relevanzproblematik zugrunde. Eine solche stellt sich allgemein immer dann, wenn man sich darum bemüht, ein Problem dadurch zu erklären, daß man bestimmte Erkenntnisse auswählt und zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage verwendet. Eine von mehreren Aufgaben des Rechtsanwenders besteht also darin, jene Relevanzbeziehungen aufzudecken, die zwischen einem Faktenkonglomerat und dem Recht bestehen.

-
- 1) Zur Logik des juristischen Entscheidungsprozesses vgl. Layman E. Allen and Mary Ellen Caldwell: Modern Logic and Judicial Decision Making: A Sketch of One View, S. 213 ff;
 - 2) Hruschka (1), S. 18 f;

Im methodologischen Schrifttum begnügte man sich bislang im wesentlichen damit, auf diese Aufgabe hinzuweisen, indem man sich kursorisch auf die bewußte Wechselbeziehung zwischen der Gestaltung des Sachverhalts und der Auswahl der relevanten Rechtsätze berief.

So beschrieb schon Rumpf¹ das Vorgehen des Strafrichters wie folgt: "Der einzelne Sachverhalt, wie ihn die Verhandlung nacheinander aufbaut, gibt dem Richter, indem sie ihm die Kenntnis des Tatsächlichen vermittelt, zugleich Anleitung, welche Normen für die Ordnung dieses vor ihm erstehenden Tatbestandes in Betracht kommen. Die hiernach jeweils relevanten Normen geben für den Einzelfall dem Richter zugleich an, wie die Struktur gerade dieses Straffalles sein muß, wie der Zusammenhang gerade des hier zur Aburteilung bereit gestellten Ereignisses beschaffen sein muß, wenn Verurteilung erfolgen soll."

Auch in der Folgezeit wurde auf die gegenseitige Bedingtheit hingewiesen, die für die Auswahl der erheblichen Rechtssätze einerseits und die Bestimmung des rechtlich bedeutsamen Sachverhalts bzw. Tatbestands andererseits kennzeichnend sei. Welche Normen in einem Rechtsfall heranzuziehen seien, richte sich nach den jeweiligen tatsächlichen Umständen, während die versuchsweise in Betracht gezogenen Rechtssätze den Maßstab für die Erheblichkeit der einzelnen Fakten bildeten.²

Engisch³ befaßt sich ebenfalls kurz mit dieser Problematik und spricht insoweit von einer "ständigen Wechselwirkung", von einem "Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt". Zugleich verneint er die Frage, ob sich der Rechtsanwender bei dieser vergleichenden Schau möglicherweise in einem fehlerhaften Zirkel befindet. In diesem Punkt stimmen ihm Larenz und Hruschka voll zu.

Nach der Meinung von Larenz⁴ handelte es sich insoweit um einen fehlerhaften Zirkel nur dann, wenn der Beurteiler von sich aus solche Umstände, die nicht in den in Erfahrung gebrachten Fakten gelegen

1) S. 165;

2) In diesem Sinn: Bierling, S. 46 f; Burckhardt, S. 258; Sauer, S. 225 ff.; Kindt-Kiefer, S. 421;

3) Engisch (1), S. 15;

4) S. 237;

sind, weil der Tatbestand sie fordert, in den Sachverhalt "hineinlegen", oder aber durch die Fakten ausgewiesene, für die Beurteilung erhebliche Umstände weglassen würde. Hier sei der Punkt, an dem es auf die Feststellung des Sachverhalts als eines solchen ankomme, der sich so und nicht anders wirklich ereignet hat.

Hruschka¹ vertritt hierzu die Auffassung, daß sich die Konstituierung des Sachverhalts durch eine fortlaufende Beantwortung der rechtlichen Grundfrage vollziehe. Durch das Hin- und Herwandern des Blickes werde der Sachverhalt - ebenso wie der Obersatz - in seinem Inhalt und in seinen Grenzen erst festgelegt. Diese Bewegung zwischen dem werdenden Sachverhalt und dem werdenden Obersatz stelle keine fehlerhafte Zirkelbewegung dar. Denn von einem logischen Zirkel könne nur gesprochen werden, wenn von einer Aussage auf eine andere Aussage geschlossen würde, die indessen selbst wiederum eine logische Voraussetzung der ersten Aussage bilde. Ein *circulus vitiosus* sei ein aussagenlogischer Denkfehler; mit der weiteren Logik von Frage und Antwort habe er nichts zu tun.

Darüber, daß zwischen der Sichtung des relevanten Tatsachenmaterials und der Suche nach den einschlägigen Rechtssätzen ein gewisser Zusammenhang besteht, ist man sich heute weitgehend einig.² Es liegt auf der Hand, daß für eine Rechtsentscheidung nur diejenigen tatsächlichen Umstände in Frage kommen, auf die die letztlich anzuwendende Norm abstellt. Entsprechend sind für den Urteiler jeweils nur diejenigen Normen von Interesse, die gerade zu dem einzelnen Fall eine Beziehung aufweisen. Man kann sich allerdings des Eindrucks nicht erwehren, daß die zu dieser Problematik vorliegenden Erkenntnisse überwiegend doch recht pauschal gehalten sind. Über die Beobachtung, daß sich bei der Rechtsanwendung die Formung des Sachverhalts und der Aufbau des rechtlichen Obersatzes wechselseitig steuern und beeinflussen, ist man

1) Hruschka (1), S. 56;

2) Vgl. neben den bereits erwähnten Autoren noch Esser (1), S. 177 f; Scheuerle (1), S. 23 f; Kuchinke, S. 79; Henke, S. 174; Jesch, S. 188 ff;

bisher nicht wesentlich hinausgekommen. Meist gibt man sich mit der von Englisch geprägten bekannten Formulierung im Sinne des "Hin- und Herwandern des Blickes" zufrieden.

Es bedarf deshalb keiner weiteren Begründung, daß die bisherigen Forschungsergebnisse nur der Anfang umfassenderer und genauerer Untersuchungen des betreffenden methodologischen Phänomens sein können. Das Problem ist erkannt und hinsichtlich seines Umfangs in etwa abgesteckt. Was noch fehlt, ist die Antwort auf die Frage, wie sich die Wechselbeziehung im Detail auswirkt und welche methodischen Schritte des Rechtsanwenders sie im einzelnen erfordert. Die Prüfung muß sich also darauf erstrecken, wie das jeweils relevante Entscheidungsmaterial im Einzelfall vom Urteiler ausgewählt wird. Damit ist die Notwendigkeit verbunden, so weit wie möglich das Denken zu charakterisieren, das es dem Juristen ermöglicht, Relevanzbeziehungen aufzudecken und eine geistige Verbindung zwischen dem tatsächlichen und dem normativen Bereich herzustellen. Die Aufgabe besteht also darin, dem Schlagwort von der Wechselwirkung, vom Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Lebenssachverhalt und Normenordnung auf den Grund zu gehen und darzulegen, welche methodischen Abläufe damit im einzelnen angesprochen sind. Zur Lösung dieser Aufgabe will die vorliegende Untersuchung beitragen, darauf wird sie sich zugleich auch beschränken. Weiterführende Fragen wie diejenige, inwieweit die Beachtung der Wechselbeziehung zwischen Fall und Normenordnung eine "richtige" Rechtsanwendung gewährleistet, müssen notwendig unberücksichtigt bleiben. Ihre Beantwortung erforderte ein methodisches Gesamtkonzept, das hier nicht zu entwickeln war.

§ 2 Der Sachverhalt - Ausgangspunkt der Rechtsanwendung

I Vom Fall zum Sachverhalt

Jede Wechselbeziehung setzt schon begrifflich mindestens zwei Faktoren voraus. Im Rahmen der Rechtsanwendung sind dies einerseits der zu beurteilende Fall und andererseits der Inbegriff der Rechtsnormen. Der Ausdruck "Anwendung" läßt ferner erkennen, daß bereits "etwas" vorliegen muß, das als Anwendungsobjekt in Betracht kommt. Daraus folgt, daß der Rechtsanwendungsakt stets einen sog. "Fall" voraussetzt. Die Frage nach dem Recht stellt sich erst im Anschluß an die Wahrnehmung eines faktischen Geschehens. Darunter ist ein bestimmter Ausschnitt der Wirklichkeit zu verstehen, der sich aus mehreren Tatsachen und Tatsachenkombinationen zusammensetzt. Rechtsanwendung ist somit erst dann denkbar, wenn ein faktisches Substrat vorliegt, das einer rechtlichen Beurteilung unterzogen werden kann.

Das führt zu der weiteren Frage, wie es vor sich geht, daß ein Betrachter an einen Vorgang der Außenwelt rechtliche Überlegungen knüpft. Das ist allein schon deswegen nicht unproblematisch, weil der Maßstab des Rechts nur einer von mehreren ist, die für die Regelung tatsächlicher Verhältnisse in Betracht kommen. So können z.B. außerdem noch die Normen der Sitte und der Moral bedeutsam sein. Daran wird deutlich, daß der Rechtsanwendungsakt von Anfang an den Charakter eines Auswahlprozesses besitzt.

Hruschka¹ kommt zu dem Ergebnis, daß der Anstoß für

1) Hruschka (1), S. 35 ff;

alle Überlegungen aus einem subjektiven Regelungsbedürfnis resultiert. Dieses Bedürfnis empfindet der Betrachter, wenn er unmittelbar oder mittelbar mit einem Vorfall konfrontiert wird, der nach seiner Überzeugung der Beurteilung nach einem normativen Maßstab bedarf. Aus psychologischer Sicht spricht Scheuerle¹ in diesem Zusammenhang von einer "Reizwirkung der Fakten" und will damit ausdrücken, daß gewisse Erkenntnisbestrebungen von bestimmten tatsächlichen Konstellationen ihren Anstoß erhalten.

Des weiteren hat Hruschka² wohl zutreffend erkannt, daß mit der Regelungsbedürftigkeit einer Situation zugleich die Weise und die Richtung der zu treffenden Regelung vorgegeben sind. Das bedeutet in subjektiver Hinsicht, daß der Betrachter auf Grund seines intuitiv empfundenen Regelungsbedürfnisses in der Lage ist, eine gedankliche Beziehung zu jenem Normenkomplex herzustellen, von dem er sich eine Klärung der Situation verspricht. Das setzt natürlich das Wissen um die Geltung der betreffenden Normenordnung voraus. Wenn jemandem ein faktischer Vorgang aus dem Strom der Ereignisse als regelungsbedürftig auffällt, so hat er im allgemeinen schon gewisse Vorstellungen, welche Art von Normen dafür in Frage kommt. Das Erkennen der Regelungsbedürftigkeit einer Situation und die Assoziation mit der entsprechenden Normenkategorie sind somit nicht zu trennen. Beides geschieht uno actu.

Demzufolge handelt es sich immer dann um einen R e c h t s f a l l, wenn die erwartete Regelung von der Rechtsidee bestimmt wird.³

1) Scheuerle (1), S. 98, 192;

2) Hruschka (1), S. 40;

3) Hruschka (1), S. 41 ff;

Ein bestimmter Wirklichkeitsausschnitt wird also als "Rechtsfall" erkannt und wahrgenommen, sobald der Betrachter auf einen Tatsachenzusammenhang aufmerksam wird und sich dieser gerade in rechtlicher Hinsicht als regelungsbedürftig erweist. In der Praxis geschieht das dadurch, daß man einen bestimmten Geschehensabriß als bemerkenswert und problematisch empfindet und dabei zugleich eine mehr oder minder ausgeprägte Rechtskenntnis oder auch nur das vielzitierte "Rechtsgefühl" die Richtung angeben, in der die Lösung des Problems zu suchen ist.¹ Wird ein Rechtsfall als solcher von einem Subjekt erkannt, so ist diesem Vorgang bereits ein Relationsverfahren zwischen einem faktischen Verhalt und der Rechtssphäre vorausgegangen. Ohne daß dieser Schritt irgendwann mittels einer Gedankenassoziation erfolgt, ist Rechtsanwendung nicht denkbar. Eine detaillierte Kenntnis der einzelnen Rechtssätze ist hierfür nicht erforderlich. Oft ist es nicht möglich, sofort und ohne weitere gedankliche Operationen einen Fall mit bestimmten Normen in Verbindung zu bringen, sei es, weil der Betreffende über keine dezidierte Rechtskenntnis verfügt, sei es, weil die einschlägigen Normen zumindest auf Anhieb nicht evident sind. Das ist für die Frage, wie man einen Rechtsfall als solchen erkennt, nicht entscheidend. Es genügt vielmehr, daß die Regelungsbedürftigkeit eines tatsächlichen Vorkommnisses wahrgenommen wird und für die erwartete Regelung Rechtsnormen in Betracht kommen. Hingegen bedarf es keiner Vorstellungen darüber, wie die rechtliche Regelung im einzelnen aussehen wird.

1) Vgl. Larenz, S. 236;

Die Begründung einer Relation zwischen einem faktischen Vorgang und der Rechtsordnung bringt es mit sich, daß der Lebensausschnitt nicht mehr in seiner Totalität und mit der Fülle seiner Merkmale gesehen wird, sondern einem Ausleseverfahren unterliegt.¹ Maßstab dieser ersten Auswahl ist das Recht, so wie es der betreffende Betrachter versteht. Er geht dabei von der Erwägung aus, daß es im Fortgang der Untersuchung nur auf diejenigen tatsächlichen Umstände ankommt, die für die Suche nach der rechtlichen Regelung von Bedeutung sind, d.h. auf welche das zur Anwendung kommende Recht voraussichtlich abstellen wird. Diese bilden immer nur einen Teil des gesamten Vorgangs. Es gilt demzufolge, die rechtlich relevanten von den rechtlich irrelevanten Tatsachen im Einzelfall zu sondern. Als relevant werden dabei nicht nur diejenigen Fakten angesehen, die bei der Entscheidung letztlich Berücksichtigung finden und auf die sich das abschließende Urteil stützt, sondern alle diejenigen, die für die Entscheidungsfindung erheblich erscheinen und vermutlich (vorbehaltlich einer näheren Prüfung) den Gegenstand der Rechtsanwendung bilden.

Es ist hervorzuheben, daß somit eine gewisse Wechselbeziehung zwischen dem tatsächlichen und dem rechtlichen Bereich bereits dann zu verzeichnen ist, sobald eine - wenn auch noch so unbestimmte und verschwommene - Gedankenverbindung zwischen diesen beiden Ebenen hergestellt wird. Durch die Wahrnehmung der Regelungsbedürftigkeit eines Falles wird der Betrachter auch schon auf die entsprechende Regelungsweise aufmerksam, womit zugleich eine Auswahl derselben verbunden ist. Steht fest, daß im

1) Larenz, S. 234 ff; Gottlieb, S. 50 ff; Henkel (2), S. 3 ff;

vorliegenden Fall das Recht als Ordnungsfaktor in Frage kommt, wirkt dies seinerseits in der Weise auf den Erkenntnisprozeß des Betrachters ein, daß er sich nicht mehr für alle Umstände des Wirklichkeitsausschnitts interessiert, sondern nur noch für diejenigen, die er für rechtlich bedeutsam hält.

Aus der Beschreibung und Bezeichnung dieser Fakten setzt sich der *S a c h v e r h a l t* zusammen, der also die für die Rechtsanwendung relevanten Tatsachen verkörpert. Im Anschluß an Hruschka¹ soll auch hier zwischen dem tatsächlichen Vorgang an sich und seiner entsprechenden sprachlichen Erfassung unterschieden werden. Larenz² macht nämlich zu Recht geltend, daß Gegenstand einer rechtlichen Beurteilung niemals das tatsächliche Geschehen in seiner Unmittelbarkeit, das reine factum, sein könne. Vielmehr handele es sich dabei immer schon um ein Vorstellungsbild, das durch das Bewußtsein vorgeformt, kategorial geordnet und der Erfahrung gemäß gedeutet sei. Wenn die rechtliche Relevanz eines tatsächlichen Ereignisses erkannt wird, sind alle diese Akte schon vollzogen. Das muß so sein, weil überhaupt nur mit Hilfe von Begriffen gedacht werden kann. Folglich setzt auch jede rechtliche Untersuchung voraus, daß der relevante Vorgang vernünftig zum Ausdruck gebracht ist. Eine solche sinnvolle Schilderung der rechtlich relevanten Tatsachen stellt der Sachverhalt dar.

Für dessen Ausgestaltung bildet allein die Rechtskenntnis bzw. das subjektive Rechtsverständnis des Betrachters den Maßstab. Deshalb hängt die Antwort auf die Frage, ob ein Sachverhalt zutreffend konstituiert wurde, davon ab, inwieweit das persönliche

1) Hruschka (1), S. 12;

2) S. 234;

Rechtsbewußtsein des einzelnen mit dem objektiv geltenden Recht in Einklang stand. Bei Sachverhalten, die von juristischen Laien verfaßt sind, wird es selten vorkommen, daß sie alle, aber auch nur diejenigen tatsächlichen Umstände schildern, die für die rechtliche Beurteilung eines Falles objektiv von Bedeutung sind.¹ Wer über keine Rechtskenntnisse verfügt, verläßt sich hauptsächlich auf ein mehr oder weniger gut ausgebildetes "Rechtsgefühl", das jedoch regelmäßig nur dazu befähigt, einen gewissen "Sachverhaltskern" zu schildern, der sich auf die rechtlich besonders markanten Umstände des Falles beschränkt.

II Die für die Normensuche erforderliche Ausgestaltung des Sachverhalts

1. Die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der Subsumtion

Mit einem derartigen bruchstückhaften Sachverhalt wird nun zumeist der Jurist konfrontiert, wenn ihn Laien konsultieren. Diese hegen dabei die Erwartung, daß der Jurist auf Grund seiner Kenntnis des positiven Rechts in der Lage ist, die objektiv gültige und richtige Lösung für den Rechtsfall zu finden, da er nicht mittels eines irrationalen und subjektiv empfundenen Rechtsgefühls judiziert, sondern seine Entscheidung den geltenden Rechtsnormen entnimmt. Für ihn bedeutet Rechtsanwendung somit in erster Linie Gesetzesanwendung. Im folgenden ist deshalb zu untersuchen, wie sich die Wechselwirkung zwischen dem

1) Vgl. als Beispiel für einen solchen laienhaften "Rohsachverhalt" die Schilderung des "Hundebiß-Falles" bei Larenz, S. 235;

tatsächlichen und dem rechtlichen Bereich auf die Methode des rechtskundigen Juristen auswirkt.

Logisch gesehen vollzieht sich die Gesetzesanwendung in einem "Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung".¹ Dabei werden zwei Aussagen, ein Obersatz und ein Untersatz, dergestalt zueinander in Beziehung gesetzt, daß hieraus denknotwendig eine dritte Aussage, der Schlußsatz, folgt.² Als Obersatz fungiert insoweit eine Norm, deren Formulierung den anzuwendenden Schlußmodus bestimmt: Die Rechtsfolge wird entweder nach dem "modus barbara" oder dem "modus ponens" gewonnen.³ Der Untersatz der Schlußfigur besteht aus einem Urteil darüber, ob der konkrete zu beurteilende Fall mit den durch den gesetzlichen Tatbestand zweifellos gemeinten Fällen gleichzusetzen ist. Er ist also nicht mit dem Sachverhalt als bloßer Schilderung des Rechtsfalls identisch, sondern enthält bereits dessen Beurteilung unter dem Aspekt der als Obersatz fungierenden Norm.⁴ Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Überlegung, daß logische Schlußfolgerungen erst dann durchgeführt werden können, wenn geeignete Prämissen zur Verfügung stehen. Bei der Rechtsanwendung läßt der Untersatz erst dann formal-logische Operationen zu, wenn er eine entsprechende Beziehung zum Obersatz aufweist. Äußerlich kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß Obersatz und Untersatz durch gemeinsame "Mittelbegriffe" verbunden sein müssen,⁵ die in praxi mit den im Normtatbestand enthaltenen Rechtsbegriffen identisch sind. Die Ableitung einer Rechtsfolge auf einen

1) Larenz, S. 230 ff;

2) Engisch (1), S. 7 ff; Klug, S. 47 f;

3) Engisch (1), S. 8 ff;

4) Engisch (1), S. 21; (2), S. 50; Scheuerle (1), S. 38; Larenz, S. 230;

5) Engisch (1), S. 19, 21; Heller, S. 67 f;

konkreten Fall setzt also dessen Gleichsetzung mit den vom jeweiligen Normtatbestand gemeinten Fällen voraus. Diese Gleichsetzung wird gemeinhin als "Subsumtion" bezeichnet.¹ Auf die Frage, wie sich dieser Akt vollzieht, ist hier nicht näher einzugehen. Entscheidend ist vielmehr allein, daß die juristische Subsumtion abschließend feststellt, ein einzelner Fall werde von einem Rechtsbegriff oder einem Normtatbestand erfaßt.²

Bevor eine Subsumtion möglich ist, müssen sich Norm und Sachverhalt "subsumibel" gegenüberstehen. Das erfordert zum einen die Auffindung des betreffenden Rechtssatzes und gegebenenfalls seine entsprechende Interpretation, zum anderen einen Sachverhalt, der Angaben über alle, aber auch nur über diejenigen Fakten enthält, die für die in Betracht gezogene Norm von Bedeutung sind. In dieser Gegenüberstellung von Normen, die schon weitgehend im Hinblick auf die Eigenart des einzelnen Falles konkretisiert sind, und eines Sachverhalts, der über alle relevanten Tatsachen Auskunft gibt, ist eine spezifische Aufgabe des juristisch vorgebildeten Rechtsanwenders zu sehen. Für ihn stellt sich somit das Problem der Wechselbeziehung zwischen dem tatsächlichen und dem rechtlichen Bereich dergestalt, daß er aus der Fülle der geltenden Rechtssätze die für den vorliegenden Fall erheblichen auswählen und interpretieren muß, wobei er zugleich den Fall in einen juristischen Sachverhalt zu transformieren hat.

Diese Wechselbeziehung zwischen dem Sachverhalt und der positiven Rechtsordnung ist der Gegenstand der

1) Engisch (1), S. 25 f;

2) Siehe Larenz, S. 255 Fußn. 1; S. 263 Fußn. 1; Jesch, S. 188;

weiteren Untersuchung. Wie es geschieht, daß die rechtliche Relevanz eines tatsächlichen Ereignisses erkannt wird, wurde bereits kurz geschildert. Gerade für den Juristen ist es jedoch von besonderem Interesse, Aufschluß darüber zu erhalten, auf welche Weise er zu den für den Fall relevanten Rechtssätzen gelangen kann. Dabei kommt es zunächst darauf an, die grundlegenden Voraussetzungen zu klären, von denen die Suche nach den einschlägigen Normen abhängig ist. Hierzu ist vor allem die Frage zu zählen, in welchem Stadium des Rechtsanwendungsprozesses der Urteiler in der Lage ist, seine Erkenntnisbestrebungen der positiven Rechtsordnung zuzuwenden. Die Antwort, die darauf ergeht, ist für die geistige Strukturierung des Rechtsanwendungsaktes von ausschlaggebender Bedeutung. Nachdem die rechtlichen Überlegungen des Praktikers immer von einem Fall veranlaßt werden, ist also festzustellen, wie weit die Gestaltung des Sachverhalts bereits fortgeschritten sein muß, bevor einzelne Rechtssätze in das Blickfeld des Rechtsanwenders geraten können. Das Problem besteht demnach darin, inwieweit der einzelne Fall nach "vorrechtlichen" Gesichtspunkten bereits kategorial geordnet und vervollständigt sein muß, ehe er in eine Relation zur Normenordnung gebracht werden kann. Erst nach Klärung dieser Frage erscheint es möglich, den Denkstil zu charakterisieren, der zu einer Gegenüberstellung von Norm und Sachverhalt in jeweils subsumtionsfähigem Zustand befähigt.

2. Hruschkas Theorie - Kritik

Als einer der wenigen, die bisher zu dieser Thematik Stellung genommen haben, ist in diesem Zusammenhang Joachim Hruschka¹ zu nennen. Ihm kommt das unbestreitbare Verdienst zu, als erster in größerem Rahmen auf die mit der Rechtsanwendung verbundene Relevanzproblematik aufmerksam gemacht zu haben. Obwohl er sich ausdrücklich auf eine "metajuristische Interpretation des Rechtsanwendungsaktes"² beschränkt, erscheint es dennoch gerechtfertigt, sich in einer methodologischen Untersuchung mit seinen Ausführungen auseinanderzusetzen. Hruschka selbst betont nämlich zu Recht, daß eine solche Betrachtungsweise die Voraussetzung dafür bildet, eine Reihe spezifisch juristisch-methodologischer Probleme lösen zu können. Dies trifft auch für das Phänomen der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung zu, wie sich im einzelnen noch herausstellen wird. Bevor man daran gehen kann, die Methode des Rechtsanwenders zu untersuchen, die ihn bei der Konstituierung der Subsumtionsprämissen leitet, muß Klarheit darüber bestehen, von welchen erkenntnistheoretischen Gegebenheiten er ausgehen kann und welche Aufgaben er überhaupt methodisch noch zu bewältigen hat. Hinsichtlich dieser grundlegenden Fragen kann an den Ausführungen Hruschkas somit nicht vorübergegangen werden.

Nach dessen Auffassung spielen Gesetze und Vorentscheidungen bei der Erkenntnis der Relevanz eines Faktums am Anfang der Untersuchung noch keine Rolle.

1) Joachim Hruschka: Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung; Berlin 1965;

2) Hruschka (1), S. 5;

Vielmehr werde der Rechtsfall durch die "Rechtsidee" konstituiert. Das beweise schon das Verhalten rechtsunkundiger Laien, die bestimmte Tatsachen eines Vorgangs als rechtlich relevant erkennen könnten, ohne über Gesetzeskenntnisse zu verfügen.¹ Außerdem sei für den Obersatz nur wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug habe. Die Auswahl und Ausarbeitung der Rechtssätze richte sich also ihrerseits nach den bei der Sachverhaltsbildung erfragten Tatsachen. Sie könne daher nicht vorausgesetzt werden, wenn es um die Erfassung dieser Tatsachen selbst gehe.²

Nach einem Vergleich zwischen der legislatorischen Bildung von Tatbeständen und dem Erkennen rechtlich bedeutsamer Sachverhalte gelangt Hruschka³ zu dem Ergebnis, daß "die gesetzlichen Tatbestände nicht als zu einem Fall zugehörig erfaßt werden können, wenn nicht schon vorher die rechtlich relevanten Merkmale eines Lebensverhalts in den Blick gekommen sind". Der Richter besitze erst dann einen Anlaß, einen bestimmten Normtatbestand heranzuziehen, "wenn die an einem Lebensverhalt aufscheinenden rechtlich relevanten Linien auf den Tatbestand dieser Bestimmung hinweisen".⁴ Erst dann könne nämlich der Obersatz als das rechtliche Moment von dem Sachverhalt abgelesen werden. Es bedürfe somit nur noch der Fähigkeit des Urteilers, die einschlägigen Bestimmungen im System des Gesetzes auch aufzufinden.⁵

Nach Hruschkas Theorie beeinflussen demzufolge die Rechtssätze die Zusammensetzung des Sachverhalts lediglich in ganz bestimmten Fällen. Der Urteiler forsche nämlich im Hinblick auf die Rechtsidee nur so lange nach wesentlichen Fakten, bis er durch den Sachverhalt auf einen Rechtssatz hingewiesen werde. Letzterer bewirke immer dann eine Verminderung der rechtlich relevanten Tatsachen, wenn zwar auf Grund der Rechtsidee mehrere Regelungsmöglichkeiten bestünden, der Gesetzgeber aber nicht alle, sondern nur eine oder mehrere von ihnen normiert habe. Andererseits könne durch die Tätigkeit des Gesetzgebers auch eine Vermehrung von rechtlich relevanten Momenten an bestimmten Lebensverhalten eintreten. Das sei dann der Fall, wenn die Rechtsidee unter dem Gedanken der Ordnung und der Zweckmäßigkeit zwar

1) Hruschka (1), S. 48;

2) Hruschka (1), S. 49;

3) Hruschka (1), S. 52;

4) Hruschka (1), S. 53;

5) Hruschka (1), S. 55;

verlange, daß überhaupt eine Regelung stattfindet, wobei sie über den Inhalt der zu treffenden Regelung jedoch so gut wie gar nichts aussage. Durch den Hinblick auf die Rechtsidee erfahre der Urteiler indessen, daß überhaupt eine Regelung stattfinden müsse. Dadurch gelange er zu dem Gesetz, das ihm den Blick auf die rechtliche Bedeutsamkeit der Fakten öffne.¹

Zu der Frage, wie weit die Sachverhaltsgestaltung bereits gediehen sein muß, bevor der Rechtsanwender an bestimmte einschlägige Rechtssätze denken kann, sind Hruschkas Ausführungen keineswegs klar und unmißverständlich. Die angeführten Zitate deuten jedoch darauf hin, daß ihnen folgende These zu Grunde liegt: Wenn eine Regelungsweise an der Rechtsidee orientiert ist, sieht sich der Jurist in der Lage und ist zugleich auch darauf angewiesen, a l l e rechtlich relevanten Fakten eines Falles ohne Zuhilfenahme der später anzuwendenden Rechtssätze zu erkennen. In diesen Fällen vermag er - unter der ausschließlich von der Rechtsidee vorgegebenen Perspektive - einen Sachverhalt zu bilden, der alle tatsächlichen Umstände angibt, die für die Anwendbarkeit der anschließend aufzufindenden relevanten Normen wesentlich sind.

Eine solche Interpretation der von Hruschka vertretenen Theorie erscheint allein zutreffend, wenn man in Rechnung stellt, welch geringe Bedeutung Hruschka den Rechtssätzen als Relevanzmaßstab für die Fakten beimißt. Sie sollen auf die Gestaltung des Sachverhalts nur in Ausnahmefällen Einfluß ausüben. Prinzipiell soll demgegenüber die Rechtsidee die Auswahl der relevanten Tatsachen bestimmen, wodurch ihr praktisch die Funktion eines alleinigen Kriteriums für deren rechtliche Relevanz zugeschrieben wird.²

1) Hruschka (1), S. 53 ff;

2) Vgl. Hruschka (1), S. 55, 62; (2), S. 489 f;

Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Hruschkas Argument, daß für den Obersatz nur wesentlich sei, was auf den konkreten Fall Bezug habe, ist in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig, da es von einseitigen Voraussetzungen ausgeht. Es befaßt sich nämlich nur mit der einen Seite der Wechselbeziehung, während die andere - der mögliche Einfluß der Normenordnung auf die Sachverhaltsgestaltung - unberücksichtigt bleibt. Bringt man diese Argumentation mit dem Beweisthema in Verbindung, wonach der Sachverhalt regelmäßig ohne Antizipation der relevanten Normen vollständig zu bilden ist, mündet sie nachgerade in einen fehlerhaften Zirkelschluß: Denn der Beweis wird durch eine Schlußfolgerung geführt, die sich ihrerseits auf die zu beweisende Aussage stützt. Es ist nicht überzeugend, wenn man die Behauptung, daß bei der Sachverhaltsgestaltung Normen keine Rolle spielten, durch die weitere Behauptung zu erhärten trachtet, wonach die Auswahl und Interpretation der Rechtssätze ihrerseits vom Sachverhalt bestimmt werde. Die Frage der möglichen Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung wird dadurch jedenfalls nicht befriedigend beantwortet.

Hruschka betont zwar mehrmals, daß die Rechtssätze am Anfang der Untersuchung - bei der ursprünglichen Fragestellung - keine Rolle spielen könnten. Er verweist insoweit auf das Erkenntnisvermögen juristischer Laien, die auch ohne Gesetzeskenntnisse in der Lage seien, einen gewissen "Rohsachverhalt" zu bilden. Unter einem "Anfang der Fragestellung" versteht Hruschka also offenbar jene Phase, in der der Betrachter die rechtliche Relevanz eines Ereignisses zum ersten Mal wahrnimmt. Es bestehen nun keine Zweifel daran, daß dieser erste Gedanke an das Recht unabhängig von jeglicher Normenkenntnis zustande-

kommen kann, weil jeder Mensch durch Erfahrung irgendwelche Vorstellungen über das Wesen des Rechts hat, ohne dessen Ausprägungen im einzelnen zu kennen.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß auch diese Einsicht nicht geeignet ist, die angeführte Ausgangsthese zu stützen. Hruschka gelingt nämlich an keiner Stelle der Nachweis, daß bei dieser ersten intuitiven Herstellung einer Relation zwischen Fall und Recht für den Betrachter ein "vollständiger" Sachverhalt sichtbar wird. Vielmehr gesteht Hruschka¹ selbst zu, daß einem Laien bei der Schilderung eines Falles mannigfache Irrtümer bezüglich der Erheblichkeit einzelner Fakten unterlaufen können. Unter diesen Umständen kann jedoch von einer vollständigen, auf die antizipierte Norm bezogenen Sachverhaltsbildung keine Rede sein.

Dieses Ergebnis könnte nur dann angezweifelt werden, wenn der Begriff "Rechtsidee" für den juristischen Laien eine andere Bedeutung hätte als für einen Rechtskundigen. Hruschka gibt zwar nicht zu erkennen, was darunter genau zu verstehen ist, doch kann wohl davon ausgegangen werden, daß damit nicht ein objektiv erkennbarer Maßstab, sondern das Rechtsempfinden, die Rechtsüberzeugung jedes einzelnen gemeint sein dürften. Es sind jedoch nicht in erster Linie diese vorrationalen Phänomene, die den juristischen Laien vom Rechtskundigen unterscheiden. Vielmehr zeichnen den Juristen spezifische Erfahrung und eine weitgehende Kenntnis des positiven Rechts gegenüber einem Laien aus. Wenn deshalb der Rechtspraktiker einen "Rohsachverhalt" im Hinblick auf die später anzuwendenden Rechtssätze zu vervollständigen

1) Hruschka (1), S. 48;

vermag, dann beruht dies nicht auf einer besseren Einsicht in die "Rechtsidee", sondern allein auf Relationen, die er zwischen dem Fall und dem positiven Recht herstellt.¹ Daraus ergibt sich die Folgerung, daß zwar die Untersuchung oft unabhängig von der Kenntnis bestimmter Normen in Gang kommt, wodurch jedoch regelmäßig noch kein Sachverhalt zur Entstehung gelangt, der bereits alle im Hinblick auf die relevanten Rechtssätze wesentlichen Tatsachenangaben enthielte. Hruschka bleibt somit eine überzeugende Begründung für seine These schuldig, nach der ein Sachverhalt erst dann den Blick auf die Rechtsnormen ermöglicht, wenn er über alle tatsächlichen Momente Aufschluß gibt, auf welche die relevanten Rechtssätze abstellen.

Es muß im Gegenteil bezweifelt werden, daß ein solch allgemeiner und undifferenzierter Maßstab wie die "Rechtsidee" die Relevanz eines jeden einzelnen Faktums in einem Fall zur Evidenz bringen kann. Die Erfahrung lehrt, daß ein Mensch ohne detaillierte Rechtskenntnis zwar meistens in der Lage ist, die rechtliche Relevanz eines **W i r k l i c h k e i t s - a u s s c h n i t t s a l s s i n n h a f t e E i n h e i t** zu erkennen. Das bedeutet jedoch nicht, daß er auf **a l l e** tatsächlichen Umstände aufmerksam wird, die objektiv für die rechtliche Lösung erheblich sind. Für diese Ansicht spricht vor allem die bereits angeführte Beobachtung, wonach sich die Fallschilderungen juristischer Laien in der Regel eben nur als "Rohsachverhalte" erweisen, die es an Angaben über einzelne rechtlich relevante Tatsachen fehlen lassen. Das läßt den Schluß zu, daß in den meisten Fällen nur ein bestimmter "Sachverhaltskern" als Essentiale eines rechtlich sinnhaften Geschehens

1) Vgl. Kriele, S. 201;

in das Blickfeld des juristisch nicht vorgebildeten Betrachters gerät, wobei dieser die rechtliche Relevanz eines einzelnen Faktums nur insoweit bemerkt, als es zu diesem "Kern" gehört.

Das Erkenntnisvermögen beurteilt sich nach der Perspektive, unter der man ein Phänomen betrachtet. Wird die rechtliche Untersuchung eines Falles durch ein "Hinsehen auf die Rechtsidee", also durch ein subjektives und weitgehend irrationales "Rechtsgefühl" des Betrachters ausgelöst, wird damit ein sehr vager und allgemeiner Maßstab zur Beurteilung der Relevanz der Fakten angelegt. Das hat zur Folge, daß nicht sofort alle Fakten sichtbar werden, auf die das positive Recht im Einzelfall abstellt. Je größer die Perspektive ist, unter der man einen Erkenntnisgegenstand betrachtet, desto unschärfer wird das entsprechende Bild. In der vorliegenden Problematik wirkt sich das dadurch aus, daß der Betrachter - sieht er sich ausschließlich auf sein Rechtsgefühl verwiesen - nur die groben Umrisse, die rechtlichen Leitlinien eines Wirklichkeitsausschnitts erkennt, während ihm die ebenfalls erheblichen, jedoch nicht so auffälligen Randscheinungen verborgen bleiben. Letztere werden häufig erst dann sichtbar, wenn man konkretere und speziellere Gesichtspunkte heranzieht. Bei der Rechtsanwendung kommen dafür die Normen in Frage, die es erlauben, den Fall unter einer wesentlich kleineren Perspektive zu betrachten, die ihrerseits genauere und vollständige Ergebnisse garantiert.

Hruschkas These, wonach erst ein vollständiger Sachverhalt die Suche nach den relevanten Rechtsätzen ermögliche, erfährt insofern eine Einschränkung, als sie nicht für Regelungen gelten soll, deren Inhalt hinsichtlich der Rechtsidee neutral ist.

Damit wird aber zumindest indirekt zugegeben, daß es prinzipiell sehr wohl denkbar ist, bestimmte Normen zu suchen und zu finden, ohne von einem in dieser Hinsicht qualifizierten Sachverhalt ausgehen zu müssen. Es ist unerklärlich, weshalb diese Möglichkeit nicht auch dann gegeben sein soll, wenn die Rechtsidee von vornherein nur eine bestimmte Regelungsweise zuläßt. Die methodische Aufgabe ist in beiden Fällen gleich: Sie besteht darin, einen unvollständigen Sachverhalt an die Rechtsordnung anzunähern.

Sieht man von den erkenntnistheoretischen Bedenken gegen Hruschkas Theorie einmal ab, so empfiehlt es sich auch aus methodologischen Gründen, einen möglichst direkten Weg zu den einschlägigen Rechts-sätzen zu suchen. Diese bilden nämlich ihrerseits einen wesentlich konkreteren, objektiveren und damit zuverlässigeren Maßstab für die rechtliche Relevanz der einzelnen Tatsachen als die Rechtsidee als solche.

Zu Hruschkas Ausführungen ist somit im Ergebnis folgendes festzustellen: Es muß grundsätzlich bezweifelt werden, daß die "Rechtsidee" ein geeignetes Richtmaß für das Erkennen und die Auswahl aller rechtlich relevanten Fakten eines tatsächlichen Vorgangs darstellt. Überdies ist es Hruschka nicht gelungen nachzuweisen, daß die Suche nach den relevanten Normen einen vollständigen Sachverhalt voraussetzt, der die für die später anzuwendenden Rechtssätze erheblichen tatsächlichen Momente insgesamt bereits enthält. Auch aus methodologischen Gründen wäre ein Verfahren vorzuziehen, das den als regelungsbedürftig erkannten Fall auf direktem Weg zu der positiv-rechtlichen Normenordnung in Beziehung setzt.

3. Krieles Theorie - Kritik

Neben Hruschka hat sich auch Kriele¹ mit dem Phänomen der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung des näheren auseinandergesetzt.

Nach seiner Ansicht wird ein Rechtsfall dadurch erkannt, daß einem Betrachter (in der Praxis zumeist einem juristischen Laien) auf Grund einer ersten durch die Alltagsvernunft gebildeten Normhypothese an einem Lebenssachverhalt gewisse Tatsachen als rechtlich erheblich auffallen.² Die erste Aufgabe des konsultierten Juristen soll laut Kriele nun darin bestehen, durch seine Rechtsvernunft an Hand von möglicherweise rechtserheblichen Tatsachen verschiedene in Frage kommende Normhypothesen mit folgenden Variationsmöglichkeiten zu formulieren:

- a) verschiedene Tatsachen und Tatsachenkombinationen des Lebenssachverhaltes werden als relevant in Betracht gezogen und durch den hypothetischen Tatbestand bezeichnet,
- b) dieselben Tatsachen werden mit Begriffen verschiedenen Abstraktionsgrades bezeichnet,
- c) demselben Tatbestand werden verschiedene Rechtsfolgen zugeordnet.

Dank dieser Normhypothesen wisse der Jurist überhaupt erst, in welchen Gesetzen er blättern und in welcher Gegend der Gesetze er suchen solle. Er gehe an die Suche des positiven Rechtssatzes mit der Frage, ob der Rechtssatz die Tatsachen, deren Relevanz er erwägt, als relevant behandelt.³ Der Blick wandere sodann hin und her zwischen Lebenssachverhalt und Normhypothesen, um auf diese Weise einerseits die in Frage kommenden alternativen Normhypothesen, andererseits den durch diese gekennzeichneten Fall zu bestimmen. In einem zweiten Akt würden die Normhypothesen mit den positivrechtlichen Rechtssätzen verglichen. Der Blick des Juristen wandere also wiederum hin und her, diesmal

-
- 1) Martin Kriele: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation; Berlin 1967;
 - 2) Kriele, S. 162;
 - 3) Kriele, S. 163;

zwischen Normhypothese und Rechtssätzen. Habe der Rechtsanwender die möglicherweise einschlägigen Rechtssätze gefunden, so wandere der Blick zurück, um zu prüfen, ob der Rechtssatz wirklich einschlägig und anwendbar sei.¹

Obwohl Krieles Untersuchungen in erster Linie der speziellen Problematik der Verfassungsinterpretation gelten, ist hier dennoch auf ihre methodologische Grundkonzeption einzugehen, soweit sie das Problem der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung berührt. Kriele läßt nämlich erkennen, daß er die erwähnten Normhypothesen generell als unverzichtbare Hilfsmittel bei der Suche nach den einschlägigen Rechtssätzen ansieht. Es ist auch kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, in der Bildung von Normhypothesen zur Erleichterung der Normensuche ein spezifisches Problem des Verfassungsrechts zu erblicken.

Im Grunde sind die Bedenken, die gegen Krieles Theorie geltend zu machen sind, denjenigen ähnlich, die auch schon gegen Hruschkas Methode vorgebracht wurden.

Es soll davon abgesehen werden, näher auf die Frage einzugehen, ob die psychologischen Reaktionen, die ein Rechtsfall beim Betrachter auslöst, als Bildung von "Normhypothesen" zu deuten sind. Zwischen diesen Vorgängen und einem quasi-legislatorischen Akt dürften jedoch kaum erwähnenswerte Gemeinsamkeiten bestehen, so daß schon aus diesem Grund die Konzeption Krieles nicht gerade sehr realistisch anmutet.

Schwerer wiegt, daß nicht erläutert wird, worauf die Befähigung des konsultierten Juristen beruhen soll, verschiedene Normhypothesen zu formulieren.

1) Kriele, S. 204;

Die Berufung auf die sog. "Rechtsvernunft" des Urteilers¹ überzeugt insoweit nicht. Zum einen wird an keiner Stelle deutlich, was damit im einzelnen gemeint ist. Zum anderen ist nicht ersichtlich, worin sich die "Rechtsvernunft" des rechtskundigen Urteilers von der "Alltagsvernunft" des juristischen Laien unterscheidet. Einen solchen Unterschied scheint Kriele jedenfalls im Auge zu haben, da er davon ausgeht, daß der Jurist im Gegensatz zum Laien bereits dezidierte Normhypothesen formulieren kann. Nach der hier vertretenen Auffassung unterscheiden sich jedoch Rechtskundige und Laien nicht so sehr durch ein mehr oder weniger ausgeprägtes "Rechtsgefühl" bzw. durch eine größere oder kleinere Einsichtsfähigkeit der Vernunft. Vielmehr bestimmt sich der Unterschied im wesentlichen nach dem G r a d d e r R e c h t s k e n n t n i s. Wenn deshalb ein rechtskundiger Urteiler einen von einem Laien gebildeten "Rohsachverhalt" in irgendeiner Weise weiterzuentwickeln vermag, dann beruht dies meist nicht auf umfassenderen "vernunftrechtlichen Erwägungen", sondern auf einer genaueren Kenntnis des positiven Rechts.

Kriele geht offensichtlich davon aus, daß durch die erwähnten Variationen sämtliche rechtlich relevanten Fakten eines Falles sichtbar werden. Letzterer soll in seinem Ausmaß und in seiner Zusammensetzung durch die vernunftrechtlichen Normhypothesen bestimmt werden, die dann ihrerseits mit den positiv-rechtlichen Rechtsätzen verglichen werden. Den einzelnen Normen soll folglich nach dieser Theorie keinerlei Bedeutung für die Erkenntnis der Relevanz der Fakten zukommen.

1) Vgl. Kriele, S. 201 f;

Wenn man jedoch einmal unterstellt¹, daß Kriele mit dem Begriff "Rechtsvernunft" ähnliche Vorstellungen verbindet wie Hruschka mit der Bezeichnung "Rechtsidee", dann wird sofort deutlich, daß auch die "Rechtsvernunft" als solche kein praktisch verwendbarer Maßstab dafür sein kann, alle rechtlich erheblichen Umstände eines Falles erkennen zu können. Vielmehr ist auch insoweit die natürliche Begrenztheit des menschlichen Erkenntnisvermögens zu betonen. In umfangreicheren Fällen erscheint es ausgeschlossen, daß man mittels derart unkonturierter Faktoren wie "Rechtsidee" und "Rechtsvernunft" auf alle Tatsachen aufmerksam wird, auf die das positive Recht jeweils abstellt.

Ebensowenig kann bloße Rechtsvernunft dem Urteiler alle denkbaren oder auch nur die für den Einzelfall wesentlichen begrifflichen Abstraktionsgrade für die verschiedenen Tatsachen zum Bewußtsein bringen. Angesichts der breiten Skala möglicher Abstraktionen wäre der Rechtsanwender sicherlich überfordert, wenn er sich bei dieser Aufgabe allein auf einen solch undifferenzierten Maßstab verlassen müßte.

Daß der Praktiker, der sich auf seine Rechtsvernunft verwiesen sieht, hiermit wenig anfangen kann, sieht wohl auch Kriele ein, da er insoweit unter Hinweis auf Bierling von der Notwendigkeit eines "mehr oder weniger methodisch festgelegten Experimentierens" spricht.² Nachdem von der sog. 'Rechtsvernunft' als methodologischem Hilfsmittel nicht sehr viel zu erwarten ist, dürfte die Bildung von Normhypothesen auf die angeführte Weise kaum noch als methodisches

1) Da nicht näher ausgeführt wird, was unter "Rechtsvernunft" zu verstehen ist, sind Unterstellungen unvermeidlich.

2) Kriele, S. 163;

Vorgehen bezeichnet werden können. Selbst wenn alle relevanten Tatsachen erkannt und alle möglichen begrifflichen Abstraktionsgrade gedacht werden könnten, würde es kein sehr rationales Verfahren bedeuten, die unterschiedlichen Normhypothesen am positiven Recht durchzuprobieren. Es hinge mehr oder minder vom Zufall ab, wann der Rechtsanwender auf Grund einer "richtigen" Kombination von Tatsachen und Begriffen auf die relevanten Normen aufmerksam würde. Daran wird deutlich, daß die Bildung von Normhypothesen im Sinne Krieles nicht dazu beiträgt, die Suche des Urteilers nach den einschlägigen Rechtssätzen verständlicher und transparenter erscheinen zu lassen.

Schließlich gibt Kriele auch nicht an, wie die Relevanz der positiv-rechtlichen Rechtssätze im Hinblick auf die Normhypothesen erkennbar wird. Selbst wenn eine Normhypothese inhaltlich wie nach dem Grad der Abstraktion in etwa mit einem geltenden Rechtssatz übereinstimmt, ist damit noch nicht gesagt, daß der Urteiler notgedrungen auf diese Übereinstimmung auch aufmerksam wird. Angesichts der unermeßlichen Fülle von Normen erscheint diese Frage nicht gerade unproblematisch. Da Kriele auch darauf nicht näher eingeht, sind seine Ausführungen insgesamt kaum geeignet, die vorliegende Problematik klären zu helfen.

Sowohl Hruschka als auch Kriele gehen ohne zwingenden Grund davon aus, der Urteiler bedürfe für seine Suche nach den einschlägigen Normen eines Sachverhalts, der bereits über alle rechtlich relevanten Fakten eine Aussage enthält. Sie sind jedoch andererseits nicht in der Lage, einen praktikablen und realisierbaren Weg aufzuzeigen, auf dem ein solcher Sachverhalt ohne Berücksichtigung des positiven Rechts zu erreichen wäre. An diesem inneren Widerspruch krankten die Theorien beider. In methodologischer Hinsicht ist nicht viel

gewonnen, wenn man sich genötigt sieht, auf Phänomene wie "Rechtsidee" bzw. "Rechtsvernunft" zu verweisen. Sie allein reichen als Nachweis für ein methodisches Vorgehen des Rechtspraktikers nicht aus.

Der Rechtsanwender ist bei der Suche nach den einschlägigen Rechtssätzen regelmäßig nicht von vornherein auf einen Sachverhalt angewiesen, der bereits alle rechtlich erheblichen Fakten eines Falles beinhaltet. Vielmehr ist es ihm aus den genannten Gründen möglich, seine Erkenntnisbestrebungen schon zu einem methodisch "früheren" Zeitpunkt auf die positiv-rechtliche Normenordnung zu richten. Die Kritik der von Hruschka und Kriele vertretenen Theorien ließ bereits erkennen, unter welchen Voraussetzungen nach den für einen Fall relevanten Normen Ausschau gehalten werden kann. Es wurde erläutert, daß der Jurist allein deshalb in der Lage ist, einen von einem Laien gebildeten "Rohsachverhalt" um weitere erhebliche tatsächliche Angaben zu ergänzen, weil er letztlich über eine bessere und genauere R e c h t s k e n n t n i s verfügt. Diese kann zwar im Einzelfall recht unterschiedlich ausgeprägt sein, was jedoch nichts am Grundsatz ändert, daß die spezifische Leistung des Juristen auf dezidiierteren Kenntnissen des objektiv geltenden Rechts beruht. Dementsprechend bezieht der Rechtsanwender die Normenordnung schon dann in irgendeiner Form in seine Überlegungen ein, wenn er hinsichtlich eines Rechtsfalles von juristischen Laien konsultiert wird. Das gilt in gleicher Weise für den Rechtsanwalt wie für den Richter oder den Verwaltungsjuristen. Ihre Rechtskenntnisse bilden erst die Voraussetzung dafür, eine lückenhafte Fallschilderung um solche Fakten zu bereichern,

die nicht bereits durch die Rechtsidee bzw. die Rechtsvernunft zu erkennen sind, sondern erst durch eine Hinwendung zum positiven Recht erfragbar werden.

Daraus folgt, daß der Rechtskundige mit der Suche nach den einschlägigen Rechtssätzen schon immer beginnt, sobald von irgendjemandem die rechtliche Relevanz eines bestimmten Wirklichkeitsausschnitts erkannt worden ist und eine Auswahl besonders markanter Fakten in einem "Rohsachverhalt" beschrieben ist. Hierfür ist die Kenntnis aller rechtlich relevanten tatsächlichen Umstände im Normalfall nicht erforderlich. Vielmehr reicht es aus, wenn durch eine mehr oder minder oberflächliche und kursorische Gesamtschau eines Geschehens der Eindruck entstanden ist, daß eine rechtliche Betrachtungsweise angebracht ist. Ist die rechtliche Relevanz eines Vorgangs erkannt, ist damit der Rechtsanwender auf Grund seiner Ausbildung und seiner Erfahrung auch schon in der Lage, die Suche nach möglichst speziellen und konkreten Normen in Angriff zu nehmen, die aller Voraussicht nach für den Fall Bedeutung haben.

Diese erkenntnistheoretische Grundlegung basiert weder auf irrealen Vorstellungen noch gibt sie zu dem Vorwurf Anlaß, eine unrationelle und subjektivistische Rechtsanwendung zu fördern. Es wird sich im Laufe der Untersuchung noch herausstellen, daß auf sie die Bedenken, die gegen die Theorien von Hruschka und Kriele zu erheben waren, nicht zutreffen. Dabei wird sich auch zeigen, daß nach der hier vertretenen Konzeption den Rechtssätzen eine nicht unerhebliche Bedeutung für die Bildung

vollständiger Sachverhalte zukommt.¹

Damit steht nun zwar fest, "wann" die eigentliche Wechselbeziehung zwischen dem Sachverhalt und der Normenordnung in Gang kommt. Es bedarf jedoch noch näherer Ausführungen zu der Frage, w i e sie sich im einzelnen abspielt. Insbesondere wird der Nachweis zu erbringen sein, daß es denkgesetzlich überhaupt möglich ist, an Hand eines noch lückenhaften Sachverhalts aus der Fülle der geltenden Normen die wenigen auszuwählen, die für die Lösung des Einzelfalles in Betracht kommen. Im folgenden ist deshalb nach einem Denkstil Ausschau zu halten, der diesen Erfordernissen entspricht und sich damit hinsichtlich einer Teilproblematik der Rechtsanwendung als grundlegend erweist.

1) Ebenso: Bierling, S. 46 f; Burckhardt, S. 258; Scheuerle (1), S. 189, 207; (2), S. 51; Hassemer, S. 103 f; Larenz, S. 253;

§ 3 Die Suche nach den relevanten Normen

I Der Denkstil

1. Formale Logik

Nachdem geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen der Jurist sein Augenmerk der Normenordnung zuwendet, ist nun näher darzulegen, auf welche Weise sich die Suche nach den relevanten Rechtssätzen vollzieht. Die methodischen Schritte, die der Rechtsanwender auf diesem Weg zu bewerkstelligen hat, sind offensichtlich nicht so problemlos, wie sie etwa in Hruschkas Theorie erscheinen. Die für den Fall erheblichen Normen können regelmäßig nicht schon dadurch aufgefunden werden, daß sie vom Sachverhalt einfach "abzulesen" sind. Das scheitert meist schon daran, daß es aus verschiedenen Gründen, die bereits angeführt wurden, weder erkenntnistheoretisch möglich noch methodologisch sinnvoll ist, bei der Normensuche von einem "vollständigen" Sachverhalt auszugehen. Davon abgesehen zeigt auch ein Blick auf die juristische Praxis, daß die erforderliche Assoziation zwischen dem Fall und dem normativen Bereich offenbar nicht von solch untergeordneter Bedeutung ist, zu der sie Hruschka herabmindern möchte.¹ Die Schwierigkeiten treten offen zutage, wenn ein Rechtsgebiet in Frage steht, das dem Rechtsanwender weder auf Grund seiner Ausbildung noch durch seine praktische Erfahrung bekannt ist. Es ist aber oft nicht einmal möglich, zu einem bestimmten Zeitpunkt wenigstens an diejenigen relevanten Vorschriften auf Anhieb zu denken, deren Existenz man, wenn auch nur

1) In diesem Sinn auch Burckhardt, S. 258;

im Unterbewußtsein, kennt. Dies alles deutet darauf hin, daß es durchaus beachtlicher methodischer Bemühungen bedarf, um den geistigen Sprung vom Sachverhalt zu den anwendbaren Rechts-sätzen vollziehen zu können. Der diesem Erkenntnis-prozeß zugrunde liegende Denkstil hat die Funktion, die gedankliche Verbindung zwischen dem Fall und der Normenordnung herzustellen, wodurch zugleich auch die Wechselbeziehung zwischen diesen beiden Faktoren in Gang gebracht wird.

So erhebt sich notwendigerweise die Frage, nach welchem Denkmodus der Urteiler verfährt, wenn er die für einen Sachverhalt maßgeblichen Normen zu eruieren sucht. Eine befriedigende Antwort hierauf wurde bis jetzt, soweit ersichtlich, noch nicht gefunden.

"Darüber, wie diese Auswahl eigentlich vor sich geht, findet man im methodologischen Schrifttum so gut wie nichts".¹ Über Schlagworte wie "gefühlsmäßige, divinatorische Ahnung"², "schöpferische Phantasie", "glückliche Einfälle"³ ist man bis heute noch nicht hinausgekommen. Diese Tatsache ist umso erstaunlicher, als es sich bei diesem Problemkreis um ein Kernstück der praktischen Rechtsanwendung handelt, dessen essentielle Bedeutung für die Methode der Rechtsfindung klar zutage liegt. Es besteht deshalb ein dringendes Bedürfnis, diesen Vorgang einer eingehenderen methodologischen Untersuchung zu unterziehen, um über seinen Verlauf Genaueres in Erfahrung zu bringen.

1) Larenz, S. 253;

2) Burckhardt, S. 259; vgl. auch Rumpf, S. 163;

3) Scheuerle (1), S. 134;

Wie erwähnt, vollzieht sich der Rechtsanwendungsakt in Form eines logischen "Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung"¹. Das legt die Vermutung nahe, daß bei der Suche nach den relevanten Rechtssätzen möglicherweise die formale Logik das Denken des Juristen in maßgeblichem Umfang bestimmt.

Diejenigen, nach deren Auffassung das konkrete Sollensurteil für einen einzelnen Fall in Form eines juristischen Schlusses gewonnen wird, wollen damit jedoch lediglich zum Ausdruck bringen, daß aus einem bestimmten Rechtssatz für einen bestimmten Sachverhalt, der alle Merkmale des Rechtssatzes aufweist, eine Rechtsfolge deduziert wird. Man ist sich darüber einig, daß eine die Sätze verbindende conclusio erst dann möglich ist, wenn geeignete Prämissen zur Verfügung stehen, d.h. wenn der jeweilige Obersatz (das ist die Norm) und der Untersatz (das ist der zu der Norm in Beziehung gesetzte und entsprechend gewürdigte Sachverhalt) gemeinsame "Mittelbegriffe" aufweisen.² Da es aber im Rahmen dieser Untersuchung darauf ankommt, den Denkstil zu charakterisieren, der zu jenen Prämissen hinzufügen geeignet ist, kann für diese Problematik aus dem Phänomen des juristischen Schlusses nichts gewonnen werden. Es kann erst dann von einem Obersatz auf einen Untersatz geschlossen werden, wenn u.a. aus der Fülle der Normen ein bestimmter Rechtssatz ausgewählt worden ist. Die Frage, wie er auszuwählen ist, ist damit nicht beantwortet.

Aber selbst wenn man die formale Logik ganz allgemein daraufhin überprüft, ob sie zur Lösung des Relevanzproblems zwischen Fall und Norm beitragen kann,

1) Vgl. oben S. 12;

2) Larenz, S. 230 ff; Heller, S. 67 f; Henke, S. 95;

kommt man zu dem Ergebnis, daß sie hierfür nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Klug¹ bezeichnet die formale Logik als eine "Technik des wissenschaftlichen Beweisens". Damit ist bereits ein entscheidendes Charakteristikum dieser Denkweise angesprochen: Sie beschränkt sich darauf, allgemeine Denkgesetze zur Verfügung zu stellen, die für die Überprüfung der Beziehungen zwischen Begriffen, Urteilen und Sätzen von Bedeutung sind. Das setzt natürlich voraus, daß derartige Denkobjekte bereits zur Entstehung gelangt und von jemandem formuliert worden sind. Denn die Ergebnisse gedanklicher Prozesse können erst dann mit anderen Erkenntnissen verglichen werden, wenn sie als solche zum Ausdruck gekommen sind.² Dagegen kann es von vornherein nicht der spezifische Sinn und Zweck eines formal-logischen Denkens sein, Gedanken zu e r z e u g e n und Kriterien und Gesichtspunkte bereitzustellen, die für die B i l d u n g von Urteilen maßgeblich sein könnten.³ Ob und gegebenenfalls zu welchen Aussagen sich jemand entschließt, ist eine Frage, deren Beantwortung im Belieben des einzelnen steht und für die sachliche Erwägungen bestimmend sind. Insofern geht das Erkennen der Relevanz der formalen Logik notwendig voraus: Denn logische Erwägungen sind nur dann überhaupt sinnvoll, wenn man festgestellt hat, daß zwischen fraglichen gedanklichen Produkten eine gewisse Beziehung besteht. Falls eine solche von vornherein nicht ersichtlich ist, erübrigt es sich, eine entsprechende Untersuchung darüber anzustellen.

1) S. 1;

2) In diesem Sinn: Popper, S. 6; vgl. auch Schopenhauer, zitiert bei Englisch (1), S. 13;

3) Schindler, S. 4;

Die Regeln der formalen Logik sind als solche nicht geeignet, eine Anweisung zum Handeln, "für die Auswahl des nächsten Schrittes" zu geben.¹ Sie stellen nur ein theoretisches System von Maximen dar, die über ihre Anwendung in der praktischen Forschungsarbeit nichts aussagen. Wie es geschieht, daß der Forscher bestimmte Theorien aufstellt und zur Beantwortung einer Frage gesicherte Einsichten heranzieht, von denen er sich Aufschluß für das vorliegende Problem erhofft, kann die Logik nicht erklären.

Hieraus folgt, daß das Ausgangsproblem des Rechtsanwenders, nämlich die Suche nach den für seinen Fall relevanten Rechtssätzen, nicht ausschließlich mit den Mitteln der formalen Logik zu lösen ist. Sie sind zwar, wie überhaupt bei jeglichem Denkprozeß, so auch hier zu beachten, spielen aber eine durchaus untergeordnete Rolle. Zum einen können sie dem Rechtspraktiker in einer vorentscheidenden Phase seiner Überlegungen keinen Hinweis geben, in welcher Richtung er zu suchen hat. Auch er steht vor der Aufgabe, das im Fall zutage getretene Rechtsproblem mit den bereits bekannten Einsichten über das Recht in Einklang zu bringen. Dazu ist es in erster Linie erforderlich, aus der Fülle der geltenden Normen die relativ wenigen auszuwählen, die für eine Lösung des einzelnen Falles in Frage kommen. Wie dieser Such- und Auswahlprozeß im einzelnen vor sich geht, ist schon deswegen nicht allein nach logischen Maßstäben meßbar, weil es dabei erst darum geht, das Material für weitere Denkopoperationen aufzuspüren. Die Logik setzt fertige Urteile voraus. Das be-

1) Klaus, S. 310 f;

deutet, daß sie in diesem Zusammenhang auch deshalb nicht zum Zuge kommt, weil sie strukturell nicht in der Lage ist, auf sachliche Beziehungen zwischen Begriffen und Sätzen aufmerksam zu machen. Zuerst müssen die einschlägigen Normen (auf eine andere Weise) gefunden werden, bevor man daran gehen kann, sie auf ihre logischen Beziehungen zum Sachverhalt zu überprüfen. Die Logik ist nicht produktiv in dem Sinn, daß sie die Ausgangspunkte und das Vergleichsmaterial zur Evidenz bringen könnte, die für den Fortgang der Untersuchung möglicherweise von Bedeutung sind.

Hieran knüpft die Feststellung, daß die formale Logik keine Relevanzbeziehungen zwischen einem Sachverhalt und der Normenordnung sichtbar machen kann. In logischer Hinsicht sind alle Normen von gleicher Bedeutung. Die Logik kann auf Grund ihrer formalen Struktur kein Maßstab dafür sein, einzelne Rechtssätze aus der Normenordnung als erheblich auszuwählen.

Logisches Denken setzt immer einen systematischen Ableitungszusammenhang voraus. Deshalb kann es sinnvoll sein, Normen untereinander auf ihre logischen Beziehungen zu überprüfen. Wo sich jedoch die Aufgabe stellt, ein Problem versuchsweise an ein System von Sätzen anzunähern, geschieht das nach außerlogischen Grundsätzen. Die Suche nach den für einen Fall einschlägigen Rechtssätzen vollzieht sich somit nach einem Denkstil, der methodologisch einem formal-logischen Denken vorausgeht und dafür erst die Ausgangsbasis schafft. Scheuerle¹ spricht davon, daß die Aktualisierung von Erfahrungsbegriffen und ihre Verbindung mit vorhandenen Erkenntnisvorstellungen keine logischen Akte seien. Für den Rechtspraktiker

1) Scheuerle (1), S. 134;

bedeutet das, daß sein Suchprozeß nicht vorwiegend von logischen Kriterien bestimmt wird. Seine Aufgabe besteht gleichfalls darin, für eine gegenwärtige Problemlage relevante Lösungsmöglichkeiten zu reproduzieren.

Diese Ausführungen lassen erkennen, daß die Suche des Rechtsanwenders nach den für einen Fall relevanten Normen einen spezifischen Denkstil erfordert, der folgende Voraussetzungen erfüllt:

- a) Er muß vornehmlich den Belangen einer praktischen Denktätigkeit entsprechen. Der Rechtsanwender bedarf gezielter Hinweise, die sich auf Lösungsmöglichkeiten beziehen, da er zu Beginn seiner Überlegungen vor der umfassenden Frage nach dem für den Einzelfall geltenden Recht steht. Er benötigt also eine mehr oder minder schematisch ausgerichtete Denktechnik, mit deren Hilfe er jedes anstehende Problem weiterführenden Gedankengängen zugänglich machen kann.
- b) Der Denkstil muß spezifisch dafür geeignet sein, alle für ein Problem relevanten Lösungsgesichtspunkte evident werden zu lassen. Seine Funktion muß darin bestehen, einschlägiges Denkmaterial zur Verfügung zu stellen, mit dem sich der Forscher geistig auseinandersetzen und aus dem letztlich die Problemlösung erarbeitet werden kann.

- c) Der Denkstil muß deshalb in methodologischer Hinsicht einem formal-logischen Denken notwendig vorausgehen. Ihm stellt sich die Aufgabe, die Voraussetzungen für ein solches Denken zu schaffen, indem er Relevanzbeziehungen aufdeckt, die dann den Gegenstand logisch-kritischer Überprüfung bilden.

2. Topik

Als Gegensatz zu einem logisch-axiomatischen Denken hat Viehweg¹ das sog. Problemdenken, die Topik, wieder in die juristische Grundlagendiskussion eingeführt. Es soll deshalb im folgenden geprüft werden, ob und gegebenenfalls auf welche Weise dieser Denkmodus die Methode des Rechtsanwenders, soweit sie hier von Interesse ist, beeinflußt. Unter Bezugnahme auf Aristoteles, Cicero und Vico weist Viehweg zunächst nach, daß die Topik ein seit alters bekannter Denkstil ist.

A r i s t o t e l e s verstand darunter eine von den Rhetoren und Sophisten praktizierte Disputierkunst, nach der man mit Hilfe von dialektischen Schlüssen zur Wahrheit zu gelangen suchte.²

C i c e r o unternahm erstmals den Versuch, die Topik für die juristische Praxis nutzbar zu machen. Er formulierte sog. Topoikataloge, eine Sammlung von Gesichtspunkten, die den Gerichtsrednern helfen

1) Theodor Viehweg: Topik und Jurisprudenz; 4. Auflage 1969;

2) Vgl. Viehweg, S. 8 ff;

sollten, keine für ihre Klienten günstigen Aspekte eines Problems zu übersehen. Ihnen ging es nicht so sehr um die Wahrheit, sondern darum, das Gericht und die Zuschauer durch eine Fülle von Argumenten zu überzeugen.¹

Durch Descartes und die von ihm geprägte Denkweise wurde die Topik in den Hintergrund gedrängt. An ihre Stelle trat ein logisch-mathematischer Denkstil (mos geometricus). Gegen die völlige Verdrängung der Topik durch das neue Denken wandte sich V i c o.²

Nach Viehweg ist die Topik strukturell eine "techné des Problem Denkens". Sie wolle Winke geben, wie man sich in einer "aporetischen Situation" zu verhalten habe, um nicht rettungslos stecken zu bleiben.³ Auf verschiedenen Gebieten der Jurisprudenz sei eine topische Denkweise unumgänglich und durch die Natur der Sache geboten.⁴ Das spezifisch juristische Denken sei am Problem orientiert und müsse von den Problemen ausgehen. Im Grunde genommen wendet sich Viehweg in seiner Schrift gegen die These, wonach nur ein logisch-axiomatisch ausgerichtetes Denken für die Lösung von Rechtsproblemen zulässig und geeignet sei. Inwieweit ein solcher Ausschließlichkeitsanspruch für ein Systemdenken in der Jurisprudenz heute noch verfochten wird, ist hier nicht weiter zu untersuchen. Viehweg kommt jedoch das unbestreitbare Verdienst zu, die juristische Grundlagendiskussion neu belebt zu haben, indem er die altbekannte Topik in die Erinnerung zurückrief.

1) Vgl. Viehweg, S. 12 ff;

2) Vgl. Viehweg, S. 5 ff;

3) Viehweg, S. 17;

4) Viehweg, S. 60 ff;

Der Begriff "Topik" ist schillernd. Die Kontroversen um ihre "Existenzberechtigung" und ihre "Einzugsgebiete" dürften zum Teil darauf zurückzuführen sein, daß über ihr Wesen noch erhebliche Unklarheiten bestehen.¹ Auch in der Vergangenheit war das topische Denken umstritten.² Die verbreitete Unsicherheit gegenüber dem topischen Denken dürfte u.a. darin ihren Grund haben, daß die Begriffe "Topik" und "topos" schon immer in mannigfaltiger Weise verwendet worden sind.³

Gemeinhin unterscheidet man verschiedene Zweige der Topik. So wird etwa zwischen dem Problemdenken, das dem Systemdenken gegenübergestellt wird, und der sog. klassischen Topik differenziert.⁴ Letzterer lag die Rhetorik und die dialektische Topik zugrunde.⁵ An diesen Differenzierungen orientieren sich meist die Stellungnahmen, die zu dem Problem der Verwendungsmöglichkeit topischen Denkens in der Jurisprudenz abgegeben werden. Dem soll hier nicht gefolgt werden.

Es ist vielmehr die Grundstruktur der Topik herauszuarbeiten, die für alle ihre Zweige Gültigkeit hat. Es wird sich herausstellen, daß es ausreicht, sich auf das Wesentliche, auf das Charakteristische topischen Denkens zu konzentrieren, um darüber befinden zu können, ob es bei der Rechtsanwendung eine Rolle spielt. Denn die einzelnen Zweige der Topik unterscheiden sich nicht in der Struktur des Denkstils, sondern in der Art der zu lösenden Probleme. So liegt z.B. der sog. rhetorischen Topik

1) Siehe Zippelius (1), S. 2229;

2) Vgl. hierzu Hennis, S. 89 ff;

3) Einen geschichtlichen Überblick gibt E. Mertner: *Topos und Commonplace*, in: *Strena Anglicana*, Festschrift für Otto Ritter, Halle/Saale 1956, S. 178 ff;

4) Zippelius (1), S. 2229;

5) So Canaris, S. 141 f; Kriele, S. 125 ff; 133 ff;

das Überzeugungsproblem, der dialektischen Topik das Wahrheitsproblem zugrunde. Dementsprechend sind auch die jeweils in Betracht kommenden Lösungsgesichtspunkte verschieden. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß in methodischer Hinsicht alle Varianten topischen Denkens eine annähernd vergleichbare Funktion haben.¹ Diese Gemeinsamkeiten sollen im folgenden herausgestellt und darauf überprüft werden, ob sie mit dem Denkmodus in Einklang stehen, nach dem der Rechtsanwender bei der Suche nach den relevanten Normen verfährt.

Topisches Denken ist problembezogen, setzt also keinen Ableitungszusammenhang voraus. Es beinhaltet jenes Erwägungsspiel, das die Grundlage dafür bildet, die zur Lösung des Problems geeigneten Gesichtspunkte zu finden.² Bei der Topik handelt es sich um eine Technik der Problemerkörterung, die dazu dient, solche Argumentationsweisen und Argumente aufzudecken, die für die Problemlösung erheblich sind.³ Einer solchen Technik bedarf auch und gerade der Jurist, der einen Rechtsfall zu entscheiden hat. Denn er steht zu Beginn seiner Untersuchungen regelmäßig vor dem Problem, die im Hinblick auf den einzelnen Fall relevanten Rechtssätze aufzufinden. Für ihn ist deshalb in erster Linie ein Denkstil von Nutzen, der dem Praktiker Wege aufzeigen kann, die möglicherweise zu einer Lösung hinführen. Dafür erscheint die Topik geeignet. Der Rechtsanwender befindet sich in vielen Fällen in einer "Aporie", wenn einige wenige Rechtssätze aus der umfassenden Gesamtheit der Normen auszuwählen sind. Die Topik

1) Kriele, S. 148 Fußn. 131;

2) Vgl. Viehweg, S. 18;

3) Zippelius (1), S. 2231;

verfügt über ein Instrumentarium, das eine solche Stagnation im Erkenntnisprozeß überwinden hilft. Sie setzt außerdem kein axiomatisches System voraus und entspricht dadurch den spezifischen Bedürfnissen des Rechtspraktikers, dessen Aufgabe zunächst darin besteht, den Rechtsfall zur Normenordnung in Beziehung zu setzen, indem er nach einschlägigen Rechtssätzen Ausschau hält.

Topisches Denken steht im Gegensatz zu einem kritisch-nachvollziehenden Denken.¹ Es setzt nicht schon fertige Urteile voraus und prüft nicht nur deren logische Beziehungen zueinander; vielmehr zielt es darauf ab, Gesichtspunkte aufzufinden, die für die weitere Bearbeitung des Problems erst den "Denkstoff" abgeben. Auch dieses Wesensmerkmal ist für den Rechtsanwender von Bedeutung. Aus den erwähnten Gründen ist es ihm nicht möglich, seinen Denkprozeß zu Beginn der Untersuchung nach logischen Maximen auszurichten. Für ihn kommt es zunächst darauf an, das Material bereitzustellen, das möglicherweise für die Problemlösung verwendbar ist. Sein Denken muß sich folglich in erster Linie darauf richten, die für den Fall relevanten Normen zu finden, denen insoweit die Funktion hilfreicher Gesichtspunkte zukommt. Der Sinn eines topischen Denkstils besteht nun gerade darin, die Auffindung solcher Gesichtspunkte zu erleichtern.

Topisches Denken ist schließlich strukturell dafür geeignet, Prämissen zu suchen, die danach Gegenstand logischer Denkprozesse sein können.² Die Topik geht somit einem logisch-kritischen Denken methodisch notwendig voraus.³ Sie trägt dazu bei, Relevanz-

1) Viehweg, S. 6 unter Bezugnahme auf Vico;

2) Zippelius (2), S. 143; Horn, S. 603; Canaris, S. 140, 149;

3) Cicero, Topica II 6; Vico, S. 29; Viehweg, S. 24: "Prologische Meditation".

beziehungen aufzudecken und schafft dadurch erst die Voraussetzung für formal-logische Denktionen. Dieser Wesenszug der Topik fördert gleichfalls die vorliegende Problematik: Denn auch bei der Rechtsanwendung geht es vorwiegend darum, Prämissen aufzufinden, von denen ein logischer Denkmodus ausgehen kann. Ein formal-logisches Verfahren ist bei der Prämissensuche, wie ausgeführt, kaum hilfreich. Umso besser scheint die Topik dafür geeignet, da sie dem Rechtsanwender hilft, anlässlich eines Problems auf die relevanten Gesichtspunkte zu kommen. Für diesen ist eine logische Betrachtungsweise erst dann angezeigt, wenn er die jeweils relevanten Fakten und Normen gefunden hat. Es deutet alles darauf hin, daß die Topik bei dieser Suche wertvolle Dienste leisten kann.

Nach allem erfüllt die Topik die drei Erfordernisse, die für ein Denken gelten, das die Suche nach den relevanten Normen bestimmt.¹ Damit steht fest, daß zumindest diese Phase des Rechtsanwendungsaktes eine topische Struktur hat. Bereits Vico² erkannte die Verwendungsmöglichkeit der Topik für die juristische Praxis. Desgleichen plädiert Viehweg³ dafür, die Rechtsanwendung als Betätigungsfeld topischen Denkens anzuerkennen.⁴ Eine Rückbesinnung auf die wesentlichen Merkmale der Topik brachte einen Denkstil zutage, der dazu verhilft, ein

1) Vgl. oben S. 37 f;

2) S. 114: "Quare nostra studiorum ratio Graecae et priscae Romanae praestat: tum quod plus vident, quae iura pro caussa, et ad caussam faciant, qui in iuris topica sunt exerciti, quam qui, ut pragmatici Graeci, solam legum historiam tenent";

3) S. 62 f;

4) Siehe auch noch Horn, S. 604; Bäumlín, S. 27;

Problem "in den Griff zu bekommen". Er weist durch eine "gleichsam umfassende Betrachtung"¹ auf Gesichtspunkte hin, die für das jeweilige Problem in Betracht zu ziehen sind. Über das Verhältnis der Gesichtspunkte zueinander und den weiteren Verlauf des Denkprozesses bis zur Problemlösung ist damit noch nichts ausgesagt. Die Topik wird also in diesem Zusammenhang als eine rein instrumentale Denktechnik verstanden.²

In den vorangegangenen Ausführungen wurde der dem Rechtsanwender vorliegende Fall als "Problem" bezeichnet, dessen Lösung ein spezifisches Problemdenken erfordert. Im folgenden ist nun darauf einzugehen, welcher Erkenntnismittel sich der Jurist dabei bedient.

1) Rödig, S. 25;

2) Ebenso Zippelius (2), S. 144; Mertner, S. 191;
vgl. auch Canaris, S. 144;

II Die Frage nach dem Recht

Ausgangspunkt hierfür ist die Überlegung, daß ein Problem nur existiert, wenn es als solches erkannt ist. Alle Erkenntnis ist ihrerseits an ein erkennendes Subjekt gebunden. Das Subjekt ist demnach so gut wie das Objekt Bedingung der Erkenntnis.¹ Für das Erkenntnissubjekt wirkt sich die Wahrnehmung eines Problems in der Form aus, daß es sich der Beschränktheit seines Wissens bewußt wird. Der Bestand der vorhandenen und auch aktualisierbaren Einsichten reicht in dem fraglichen Moment nicht aus, ein bestimmtes Phänomen zu erklären. Das hat zur Folge, daß das Subjekt sein Wissen in einer bestimmten Richtung zu erweitern trachtet. Aus dem Problembewußtsein resultiert somit ein Denkprozeß, durch den eine Lösung des Problems gesucht wird. Dieser Denkprozeß weist die Struktur der Frage auf. Denn "wer denken will, muß sich fragen".² Ist jemand mit einem Problem befaßt, so legt er sich oder einem anderen damit gleichzeitig die Frage vor, wie dieses Problem zu lösen ist. Nur durch Fragen ist man in der Lage zu finden, was noch unbekannt ist. Die Frage ist also allgemeines Erkenntnismittel.³ Sie bildet die Voraussetzung dafür, neue Einsichten zu gewinnen oder vorhandenes Wissen, das nur im Augenblick nicht verfügbar ist, zu aktualisieren. Allein durch Fragen ist es deshalb auch möglich, den relevanten Wissensstoff zu finden, der für die Lösung irgendwelcher Probleme heranzuziehen ist.

Ein Problem bedeutet für das Erkenntnissubjekt demzufolge eine Frage von einer gewissen Bedeutung,

1) Hartmann, S. 17;

2) Gadamer, S. 357;

3) In diesem Sinn: Collingwood, S. 25 f;
Hruschka (1), S. 21 f;

die sich stellt oder die gestellt wird. Die Topik als "techne des Problem Denkens" bringt es deshalb mit sich, "unablässig, nach allen Seiten hin und vor allem nicht ganz ungeschickt zu fragen".¹ Wenn ein Fall als Rechtsproblem erkannt ist, sieht sich der Urteiler damit zugleich Fragen konfrontiert, die Antworten erheischen. Die Denktätigkeit, die der Jurist bei der Suche nach den relevanten Normen entwickelt, hat nach allem die Struktur der Frage.

Topisches Denken wurde eingangs u.a. in dem Sinn charakterisiert, daß es einem schlußfolgernden, gesetzmäßigen Denken methodisch notwendig vorausgeht. Damit stimmt überein, daß die "Logik der Frage" vor der Logik der Aussage rangiert. Die Frage ist Voraussetzung allen schlußfolgernden Denkens.² Man gelangt also zu den Prämissen nur dadurch, daß man nach ihnen fragt.

Der Fall und damit das Problem sind dem Juristen vorgegeben. Wenn ein Geschehensabriß als "Rechtsfall" erkannt ist, ist zugleich auch schon die entsprechende Frage gestellt, ihre Richtung in etwa festgelegt: Sie bezieht sich auf das Recht im Sinn der positiven Normenordnung. Wenn es dem Rechtsanwender trotz seiner juristischen Kenntnisse und seiner Erfahrung nicht möglich ist, sofort und ohne weitere Überlegung die für den Fall relevanten Rechtssätze zu benennen, besteht für ihn die Aufgabe darin, die Rechtsordnung im Hinblick auf den Problemfall transparent zu machen. Ausgangspunkt der rechtlichen Untersuchung ist dann die noch relativ allgemeine Frage: "Welche Antwort, welche Lösung sieht das positive Recht für den in Frage stehenden

1) Rödiger, S. 26; vgl. auch Hruschka (1), S. 56;

2) Hruschka (1), S. 22, 24;

Fall vor?"¹ In Gestalt der Rechtsordnung findet das Fragen damit zugleich seine notwendige Begrenzung. Das Bekannte, bei dem es ansetzt, ist das Bewußtsein, daß der Fall ein "Rechts"-Fall ist. Davon ausgehend dringt die Frage des Urteilers in den Normenbereich vor, um dort eine rechtliche Lösung für den einzelnen Fall zu finden.

Zu Beginn der rechtlichen Untersuchung fällt also die grundlegende Frage ("quid iuris") oft noch sehr allgemein und undifferenziert aus. Der Grund hierfür kann einmal darin liegen, daß der dem Rechtsanwender unterbreitete Sachverhalt möglicherweise von einem juristischen Laien erstellt wurde. Er ist dann meist lückenhaft und bezieht sich andererseits auf Fakten, die für die Anwendung des positiven Rechts unwesentlich sind. Jeder Jurist weiß aus Erfahrung, daß solche Fallschilderungen die Suche nach den einschlägigen Rechtssätzen sehr erschweren können und keine präzise Fragestellung zulassen. Ein anderer Grund mag dadurch bedingt sein, daß der Jurist zunächst nicht erkennt, worauf sich das Interesse des Rechtsuchenden richtet. In diesen Fällen muß er dem Laien eine u.U. recht umfangreiche Palette relevanter Normen und Normenkomplexe vor Augen führen, was wiederum nur durch eine verhältnismäßig allgemeine Fragestellung nach dem Recht ermöglicht wird. Schließlich ist oft auch die "Antwort-Seite", nämlich die Rechtsordnung, nicht sofort und auf einen Blick erfaßbar. Auch wenn sich der Jurist einmal nicht den gerade erwähnten Schwierigkeiten gegenüberstellt, kann es vorkommen, daß er anfänglich nicht imstande ist, aus der Fülle der geltenden Normen ohne weiteres die für den Fall relevanten auszuwählen. Er empfindet

1) Vgl. Husserl, S. 85;

die Normensuche auch subjektiv immer dann als echtes Problem, wenn die in Betracht zu ziehenden Rechts-sätze zu Normenkomplexen gehören, mit denen er nicht vertraut ist. Auch in diesen Fällen kann zwar letztlich eine das Problem lösende Antwort erwartet werden, doch ist der Fragehorizont dabei relativ weit gesteckt. Je breiter die Skala der möglichen Antworten angelegt ist, desto umfassender und notwendig allgemeiner muß die Fragestellung ausfallen, um den gesamten Antwortbereich voll zu erfassen. Die Suche des Rechtsanwenders nach den einschlägigen Rechtssätzen könnte - objektiv gesehen - mit der Aufgabe verglichen werden, in einem Heuhaufen eine oder mehrere Stecknadeln zu finden. Es ist nämlich praktisch unmöglich, jede geltende Norm im Hinblick auf den zu prüfenden Fall in Betracht zu ziehen und über ihre Anwendbarkeit zu entscheiden.

Deshalb ist es methodisch erforderlich, die allgemeine und höchst unbestimmte Frage "quid iuris" in mehrere Fragen umzugestalten, die nicht mehr so umfassend sind. Diese erreichen dadurch zugleich eine größere Bestimmtheit, wodurch wiederum ihre Beantwortung leichter erfolgen kann. In diesem Zusammenhang ist das Augenmerk auf die Erfahrungen des englischen Historikers Collingwood¹ zu lenken. Er fand bei archäologischen Ausgrabungen nur etwas heraus, wenn er sich ganz bestimmte Fragen beantwortete. Er teilte demgemäß seine (ursprünglich) unbestimmte Frage in verschiedene Punkte ein, erwog alle Möglichkeiten zur Aufhellung dieser neuen Frage und nahm sich eine nach der anderen praktisch vor.

In gewisser Weise sind die methodische Situation des Rechtsanwenders und diejenige des Historikers

1) Collingwood, S. 25;

vergleichbar: Beide sehen sich im Anfangsstadium der Problemerkörterung oft einer Fülle von Gesichtspunkten gegenüber, aus denen jeweils die im Einzelfall relevanten auszuwählen sind. Beide kommen mit unbestimmten Fragen nicht weiter, sondern müssen versuchen, die Ausgangsfrage in irgendeiner Form einzuteilen, um sie dadurch erst praktikabel zu gestalten. Eine möglichst bestimmte Fragestellung ist eine grundlegende Bedingung allen Denkens und keinesfalls auf die Historik oder Jurisprudenz beschränkt. Bestimmte Fragen bilden eine allgemeine Voraussetzung jeglicher wissenschaftlichen Betätigung.¹ Das soll nicht heißen, daß das Forschungsmittel Frage nur bei theoretischen Überlegungen zum Zuge kommt. Wie der Hinweis auf Collingwood lehrt, ist es auch für den Praktiker oft unumgänglich, bestimmte Fragen aufzuwerfen. Nur dadurch besteht für ihn eine Aussicht, im Denken Fortschritte zu erzielen.

1) Popper, S. 72; siehe auch Gadamer, S. 346;

III T o p o i

1. Ihre Funktion

Es geht also darum, für die Ausgangsfrage des Rechtsanwenders ebenfalls "Punkte" zu finden, die hinsichtlich ihrer Funktion mit den Spezifizierungspunkten Collingwoods vergleichbar sind. Es müßte sich dabei um ein Einteilungsschema handeln, das das Problem der Normensuche übersichtlicher und transparenter erscheinen ließe. Somit ist nach Richtpunkten Ausschau zu halten, an denen sich die aus der ursprünglichen Frage abzuleitenden bestimmteren Fragen orientieren können.

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, daß das Problem der Auswahl der relevanten Normen grundsätzlich eine topische Denkweise erfordert. Der Ausdruck "Topik" rührt von dem griechischen Wort "topos" (plur. "topoi") her und geht auf Aristoteles zurück, der hierunter "vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte" verstand, "die im Für und Wider des Meinungsmäßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können".¹ Auf den wechselnden Gebrauch des Ausdrucks "topos" in der Vergangenheit soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden², doch soll hier wenigstens Francis Bacon³ angeführt werden, der die "topoi", "loci", "places" für geeignet hielt, "to direct our inquiry".

Die Topik als techne des Problemdenkens soll dazu verhelfen, Lösungsgesichtspunkte auf rationelle

1) Viehweg, S. 12;

2) Vgl. hierzu vor allem wiederum Mertner, S. 178 ff; daneben Kriele, S. 142 ff;

3) S. 129;

Weise möglichst vollständig aufzufinden. Diese Leitfäden des Denkprozesses nennt man heute allgemein "Topoi". Wenn es gelungen ist, für einen bestimmten Problembereich ein ganzes Repertoire von Gesichtspunkten, die sich immer wieder als relevant erweisen, zusammenzutragen, spricht man von einem "Topoikatalog". In diesem Fall verfährt man nach der "Topik der zweiten Stufe".¹

Die Funktion der Topoi besteht darin, den Rahmen der Untersuchung abzustecken und Richtpunkte abzugeben, die geeignet sind, das jeweilige Problem einer Lösung näher zu bringen. Wenn das Problem, wie oben ausgeführt, die Struktur der Frage hat, so bilden die Topoi die Anknüpfungspunkte für die aus der Ausgangsfrage abzuleitenden Frage. Sie beleuchten das Problem gleichsam unter verschiedenen Aspekten und weisen bestimmteren Fragen des Urteilers die Richtung. Solche relativ präzisen Fragen bilden ihrerseits die Voraussetzung für ein Fortschreiten im Erkenntnisprozeß. Nach Viehwegs² Auffassung rücken die Topoi und Topoikataloge Frage und Antwort zurecht und weisen auf das hin, was überhaupt näherer Erwägung wert erscheint. Henkel³ sieht die Topoi als Richtpunkte an, die innerhalb des von dem Problem umspannten Fragen- und Sachbereichs auftreten, der Problemlösung von vornherein einen gewissen Halt und dem Fragenden darüber hinaus Orientierungsmöglichkeiten in der Bewältigung des ihm aufgegebenen Gedankenkomplexes verleihen. Die Topoi werden in diesem Zusammenhang als Wegweiser verstanden, die aus der Aporie herausführen und den abzuleitenden Fragen die Richtung geben. Sie stellen

1) Viehweg, S. 20;

2) S. 25;

3) (1) S. 418; vgl. auch Bäumlin, S. 27;

nicht die Lösung des Problems dar, bilden aber deren methodische Voraussetzung. Diese allgemeine, funktional ausgerichtete Charakterisierung der Topoi soll hier vorerst genügen.

Die Kunst des Problemdenkens besteht nun darin, solche Topoi zu finden, die bei der Suche nach der Problemlösung verwendbar erscheinen. Für diesen gedanklichen Prozeß prägte Cicero die Bezeichnung "inventio". Obwohl dieser Begriff mehrdeutig ist, verband Cicero¹ damit offenbar nicht ein Erfinden von Gesichtspunkten, sondern lediglich ein Aufsuchen von Gedanken, die an bestimmten Plätzen ("loci") bereitliegen, um auf ein konkretes Problem angewendet zu werden. Auch in der Folgezeit sah man die Topoi als Argumente an, die man zwar bereits kannte, die es jedoch anläßlich eines Problems wiederzuentdecken galt.² Die Topik kann demnach im eigentlichen Sinn als Kunst des Findens von Gesichtspunkten bezeichnet werden.³ Als solche erscheint sie dafür prädestiniert, die Suche des Rechtsanwenders nach den einschlägigen Normen zu bestimmen.⁴ Für ihn geht es nämlich ebenfalls nicht in erster Linie darum, rechtsschöpferisch tätig zu werden und sich eine passende Lösung des Falles auszudenken. Er hat vielmehr vorwiegend das Gesetz anzuwenden, was voraussetzt, daß er die relevanten Rechtssätze auffindet. Dies ist jedoch keine produktive Leistung im strengen Sinn, sondern es geht dabei lediglich um die Aktualisierung bereits bekannter oder um das Finden dem Urteiler zwar unbekannter, jedoch objektiv geltender Normen.

1) Topica II 7, 8;

2) Vgl. Bacon, S. 127; Kant (2), S. 71;

3) Hennis, S. 96;

4) Zippelius (1), S. 2231 f; (2) S. 140 f;

Aus der Funktion der Topoi läßt sich auf ihre Struktur schließen. Sie sind dazu bestimmt, der Problemerkörterung zu dienen. Im Mittelpunkt der Überlegungen, gleichsam unverrückbar, steht das jeweilige Problem, für das die entsprechenden Lösungsgesichtspunkte bereitzustellen sind. Daraus ergibt sich zum einen, daß Topoi und Topoikataloge nicht statisch ausgerichtet sein können. Ebenso wenig ist es denkbar, daß sie jemals vollzählig sind, da auch die Probleme unerschöpflich sind. Selbst eine fortlaufende Vergrößerung des Wissens kann das Entstehen und die Wahrnehmung weiterer Problemzusammenhänge wohl nie ganz ausschließen. Das bedingt eine flexible Struktur der Topoi. Bei ihnen handelt es sich nicht um fertige, abgeschlossene Lösungsschemata, sondern um Gedanken, die jederzeit durch andere, neu aufgefundene ergänzt werden können, wenn es eine Problemsituation erfordert.

Zum anderen bringt es die Abhängigkeit der Topoi von den Problemen mit sich, daß sie - entsprechend der Vielzahl und der Mannigfaltigkeit ungelöster Fragen - ebenso zahlreich und vielfältig sein müssen, um ihren Zweck erfüllen zu können. Die Variationsbreite der Topoi allein im Bereich der Rechtsanwendungsproblematik ist praktisch unerschöpflich. So zählt beispielsweise Henkel¹ sehr allgemeine Gesichtspunkte der Rechtsgewinnung auf, während § 13 Abs. 2 StGB, den man als kodifizierten Topoikatalog bezeichnen könnte, dem Richter bei der Entscheidung eines Einzelfalles typische Leitpunkte an die Hand gibt, die für das Problem der Strafzumessung in Betracht kommen. Entscheidend ist also,

1) Henkel (1), S. 418 ff;

daß die Topoi zum Problem "passen", d.h. seinem Umfang und seiner Eigenart angemessen sind. Sie erweisen sich nämlich für den Betrachter nur dann als praktikabel und hilfreich, wenn sie zum betreffenden Fragenkomplex in einer bestimmten adäquaten Beziehung stehen. Die Funktion der Topoi besteht darin, dem fragenden Forscher die Antwort zu erleichtern. Sie müssen deshalb immer mehr oder minder speziell auf seine Frage eingehen und darauf zugeschnitten sein.

Für die vorliegende Untersuchung stellt sich somit die Aufgabe, Topoi und möglichst sogar ganze Topoi-kataloge nachzuweisen, die geeignet erscheinen, die Suche des Rechtsanwenders nach den jeweils im Einzelfall relevanten Rechtssätze zu erleichtern. Es müßte sich demnach um Gesichtspunkte handeln, die die umfassende Ausgangsfrage nach dem Recht in mehrere konkretere Einzelfragen zu "unterteilen" und dadurch zu präzisieren vermögen. Der Rechtsanwender würde durch sie in die Lage versetzt, insoweit einer drohenden Aporie zu entgehen und in einem bestimmten Umfang geregelt und methodisch nach jenen Normen suchen zu können, die für den Einzelfall eine rechtliche Lösung in Aussicht stellen.

Es gilt also, nach Gesichtspunkten Ausschau zu halten, die den rechtlichen Bereich übersichtlicher gestalten. Die Suche nach einzelnen Rechtssätzen erweist sich für den Urteiler nur so lange als wirklich problematisch, als es ihm nicht möglich ist, ein gewisses Ordnungselement in der Masse der Normen zu erkennen. Es wurde schon ausgeführt, daß es in jeder Hinsicht undenkbar ist, anläßlich eines konkreten Falles alle geltenden Normen in Betracht zu ziehen und auf ihre Anwendbarkeit zu überprüfen. Der Jurist muß deshalb bestrebt sein, einzelne

Normen und Normenkomplexe unter übergeordneten und damit notwendig allgemeineren Kategorien zusammenzufassen. Erst die Einteilung der Rechts-sätze nach bestimmten Gesichtspunkten bildet die Voraussetzung dafür, einen einigermaßen umfassenden Überblick über das positive Recht gewinnen zu können. Desgleichen ermöglicht es dem Urteiler erst ein solcher Überblick, den Rechtsbereich sinnvoll und mit einiger Aussicht auf Erfolg nach einschlägigen Normen zu befragen. Sobald nämlich eine Materie unter Verwendung irgendwelcher Faktoren geordnet ist, wird sie dem erkennenden Bewußtsein verhältnismäßig leicht zugänglich. Meistens liegt dann nämlich auch schon ein gewisses Schema vor, an dem sich der Betrachter orientieren kann und das ihn zu denjenigen speziellen Erscheinungen führt, die ihn interessieren. Solcher übergeordneter Einteilungsgesichtspunkte bedarf auch der Rechtspraktiker. Sie verleihen dem Rechtsbereich gleichsam erst die erforderlichen Konturen, die den suchenden Blick auf sich lenken und ihm die weitere Richtung weisen. Eine Klassifizierung der Rechtssätze unter allgemein-abstrakte Ordnungsbegriffe bringt es mit sich, daß sich für den Juristen die Zahl der Denkobjekte auf ein praktikables Maß verringert. Das ist auf Grund des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens unumgänglich. Damit steht fest, daß für die vorliegende Problematik nur kategorial strukturierte Topoi in Frage kommen, die als "Rahmensuchformeln" dem Rechtsanwender dazu verhelfen, den "Einstieg" in das positive Recht zu finden.¹

1) Vgl. Kriele, S. 142 ff;

2. Das System als Topoikatalog

Die Einteilung und Klassifizierung der Rechts-sätze ist Aufgabe der juristischen Systematik. Da in der Rechtswissenschaft der Begriff des "Systems" unterschiedlich verwendet wird und es dementsprechend mehrere Arten von "Rechtssystemen" zu unterscheiden gilt, muß zunächst dargelegt werden, welcher Systembegriff für die vorliegende Problematik in Frage kommt. Insoweit ist nur das sog. "äußere"¹ bzw. das "didaktische"² System des Rechts von Bedeutung. Dieses teilt die einzelnen Rechtssätze zum Zweck der leichteren Überschaubarkeit nach gewissen übergeordneten Gesichtspunkten ein, die für die zusammengefaßten Normen eine gemeinsame Formel bilden. Es stellt also eine rein "äußerliche", ordnende Klassifizierung des Rechts dar. Im Gegensatz dazu versteht man unter "inneren", "logisch-axiomatischen", "spezifisch-juristischen" Systemen jene Theorien, die sich mit den Zusammenhängen und Beziehungen der Rechtssätze untereinander befassen. Sie dienen in erster Linie dazu, in einem bestimmten Umfang das Verständnis und die Anwendung der Normen zu regeln.³ Für das äußere System sind sowohl der Gesetzgeber als auch die Wissenschaft verantwortlich. So beginnt die Systematisierung des Rechts im Grunde genommen bereits bei der Einteilung der Gesetze in Bücher, Kapitel, Abschnitte und Paragraphen. Dagegen handelt es sich beispielsweise bei der Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Recht um eine

1) Larenz, S. 253; Engisch (3), S. 180;

2) Kriele, S. 124; Viehweg, S. 56;

3) Vgl. zum Begriff und zur Funktion des Rechtssystems: Canaris, S. 11 ff;

sehr allgemein gehaltene Einteilungskategorie, die von der Wissenschaft entwickelt wurde. Für die Frage, wie die Systematisierung im einzelnen auszugestalten ist, dürften in der Hauptsache Praktikabilitätsabwägungen maßgeblich sein. Für alle Varianten didaktischer Normensysteme ist jedoch ein Strukturprinzip kennzeichnend: Dieses ist darin zu sehen, daß die Einteilungskategorien eine unterschiedliche Zahl von Normen und Normenkomplexen erfassen und deshalb auch einen unterschiedlichen Allgemeinheitsgrad aufweisen.¹

Diese Art einer systematischen Darstellung des Rechtsstoffes bietet erst die Gewähr dafür, daß der Rechtsanwender bei der Lösung eines Falles bis zu einem gewissen Grade planmäßig und methodisch vorgehen kann.² Es schafft die Möglichkeit, den Bereich des positiven Rechts praktisch mit einem Blick erfassen zu können. Dadurch wird der Urteiler in die Lage versetzt, alle in Betracht kommenden Rechtssätze aufzufinden. Die Gefahr, relevante Normen zu übersehen, wird somit vermindert. Das System stellt jene strukturelle Mitte zwischen dem allgemeinen Rechtsgefühl und der Kenntnis der einzelnen Normen dar, auf die der Rechtsanwender bei seinen Untersuchungen unbedingt angewiesen ist. Während sich die Frage nach dem Recht in dieser Formulierung als zu umfassend und allgemein erwiesen hat, um ohne Zwischenschaltung weiterer Denkprozesse beantwortet werden zu können, ist es andererseits auch nicht möglich, unmittelbar auf die betreffenden Normen zu rekurrieren. Als einziger Ausweg aus diesem Dilemma bietet sich

1) Beispiele finden sich etwa bei Esser (1), S.193 ff; Baumann, S. 19 ff;

2) Larenz, S. 254;

dem Urteiler die Verwendung des äußeren Rechtssystems an.

Diese Beschreibung der Funktion des Systems erinnert an die Wirkungsweise der Topoi im Rahmen eines problemorientierten Denkprozesses. Die systematischen Ordnungskategorien geben Richtpunkte ab, an denen sich die ursprünglich umfassende Frage nach dem Recht orientieren kann. Durch die Verwendung derartiger systematischer Gesichtspunkte wird die Ausgangsfrage präzisiert und lautet dann etwa: "Berührt der Fall den privatrechtlichen oder den öffentlich-rechtlichen Zweig der Rechtsordnung?" "Ist das Problem dem Zivilrecht oder mehr dem Handels- und Wirtschaftsrecht zuzurechnen?" Die Systemstellen geben somit den Fragen nach dem im Einzelfall geltenden Recht von vornherein einen gewissen Halt. Sie bilden für den Urteiler gleichsam die Wegweiser, die für ihn bei der Suche nach den relevanten Normen unentbehrlich sind, weil sie die Richtung seines weiteren Vorgehens bestimmen. Da das didaktische System des Rechts aus einer ganzen Reihe von Ordnungs- und Einteilungsgesichtspunkten besteht, kann es als Topoikatalog des Rechtsanwenders bezeichnet werden.

Das ist kein Widerspruch zu der These, wonach sich topisches und systematisches Denken ausschließen. Zum einen versuchte man seit jeher, die Topoi zu ordnen und in eine bestimmte methodische Reihe zu bringen, da man erkannte, daß erst ein gewisses Ordnungselement unter ihnen die Gewähr dafür bietet, mit Aussicht auf Erfolg die passenden Gesichtspunkte aufzufinden. Die Topik wurde geradezu als techné verstanden, die das Suchen lehrhaft systematisiere.¹ Zum anderen richtet sich die Stoßkraft der Topik

1) Lausberg, S. 146; Mertner, S. 188;

ausschließlich gegen die Überbewertung des "inneren" Systems im Sinne eines Ableitungszusammenhangs, aus dem sich die Lösung der Rechtsprobleme zwingend ergeben soll. Für die vorliegende Problematik reicht jedoch eine rein lokale Zusammenfassung der Rechtssätze in Form eines Einteilungsschemas aus, die topischem Denken keineswegs widerspricht, sondern es eher erleichtert und fördert.¹

Liegt dem Urteiler ein Rechtsfall zur Entscheidung vor und fallen ihm nicht auf Anhieb die hierfür relevanten Rechtssätze ein, so aktualisiert er das gelernte und in seinem Unterbewußtsein abrufbereit vorhandene Normensystem, das ihn durch seine Einteilungsgesichtspunkte erst in die Lage versetzt, den ungefähren "Ort" der Lösung im rechtlichen Bereich aufzufinden. Falls es sich als notwendig erweist, durchläuft er bei seinem Gedankengang alle Systemtopoi, an die er sich anlässlich eines Problemfalles zu erinnern vermag. Diese Denkweise entspricht somit in jeder Hinsicht dem spezifisch topischen "per omnes locos tractare". Mit dem didaktischen System steht dem Rechtsanwender ein Schema zur Verfügung, das geeignet ist, ihn Schritt für Schritt zu denjenigen Normen hinzuführen, die ihn im Einzelfall interessieren.

Obwohl Kant die Topik im allgemeinen nicht sehr hoch einschätzte², räumte er doch ein, daß sie

1) Siehe Kriele, S. 145;

2) Kant (1), S. 230: "Hierauf gründet sich die logische Topik des Aristoteles, deren sich Schullehrer und Redner bedienen konnten, um unter gewissen Titeln des Denkens nachzusuchen, was sich am besten für seine vorliegende Materie schickte, und darüber mit einem Schein von Gründlichkeit zu vernünfteln oder wortreich zu schwatzen."

als Fachwerk für allgemeine Begriffe und durch Klasseneinteilung, "wie wenn man in einer Bibliothek die Bücher in Schränke mit verschiedenen Aufschriften verteilt", die Erinnerung erleichtern könne.¹ Das judiziöse Memorieren erfordere auch Verstand, der der Einbildungskraft wechselseitig zu Hilfe komme. Als Aufgabe des Verstandes sah es Kant offenbar an, ein gedankliches System zu erstellen, das das Wiederfinden von vergessenen Einsichten sollte gewährleisten können. Er ging also gleichfalls davon aus, daß topisches Denken im Verein mit einer klassifizierenden Einteilungssystematik durchaus dazu beitragen kann, sich einer Materie wieder geistig zu bemächtigen, deren Einzelerscheinungen man vorübergehend aus den Augen verloren hat.

Demgegenüber sah es Kant an anderer Stelle² als Naturgabe an, "Bescheid zu wissen, wie man gut suchen soll". Er hielt es für ausgeschlossen, "eine Belehrung nach bestimmten Regeln zu geben, wie man mit Glück suchen solle, denn man muß immer hiebei etwas voraussetzen (von einer Hypothese anfangen), von da man seinen Gang antreten will, und das muß nach Prinzipien gewissen Anzeigen zufolge geschehen, und daran liegts eben, wie man diese auswitern soll." In dieser allgemeinen Formulierung dürfte Kants Skepsis nicht unumschränkt zutreffen. Stehen für bestimmte Fragenbereiche systematisch gegliederte Einteilungsschemata zur Verfügung, die sich als Topoikataloge verwenden lassen, so vollzieht sich das Denken und die Suche nach Hypothesen bereits in einigermaßen geregelten Bahnen. Die Topoi stellen dann jene Anknüpfungspunkte dar, "von denen man

1) Kant (2), S. 71;

2) Kant (2), S. 112 f;

seinen Gang antreten kann." Es ist allerdings zuzugeben, daß die Topik keine vollständige Methode darstellt. Auch sie erweist sich nicht als Patentrezept auf die Frage, wie man erkennen kann, daß ein Topos auf ein konkretes Problem zutrifft.¹

Für die Rechtsanwendung weist Larenz² auf die unentbehrliche Funktion des äußeren Systems hin, ohne allerdings die topische Struktur des vom Urteiler praktizierten Denkvorgangs hervorzuheben. Die Allgemeinbegriffe, an die der Urteiler etwa aus Anlaß des "Hundebiß-Falles" denkt³, sind jedoch - funktional gesehen - nichts anderes als Topoi, die den Weg zu den relevanten Rechtssätzen kennzeichnen. Larenz bezeichnet sie als "Gesichtspunkte".

Im folgenden ist nun aus methodologischer Sicht zu erläutern, auf welche Weise der Rechtsanwender von dem Topoikatalog des didaktischen Rechtssystems "Gebrauch macht".

1) Siehe Lausberg, S. 202;

2) S. 253 f;

3) Larenz, S. 254: "Privatrecht"- "unerlaubte Handlung" - "Gefährdungshaftung" usw.

3. I n v e n t i o n

Das Erkenntnismittel, das dem Juristen von Beginn an zur Verfügung steht, ist die Frage. Sie richtet sich auf den rechtlichen Bereich und zielt zunächst darauf ab, für den Fall relevante rechtliche Gesichtspunkte zur Evidenz zu bringen. Daraus geht schon hervor, daß es sich insoweit nicht um eine Frage handelt, deren Beantwortung von vornherein abzusehen ist. Vielmehr besteht der Zweck einer solchen topischen Fragestellung gerade darin, möglichst viele geeignete Denkobjekte in die Untersuchung einzuführen. Topische Fragen sind somit sog. Bestimmungsfragen, die noch nicht auf ein bestimmtes Untersuchungsobjekt fixiert sind, sondern regelmäßig mehrere Gedanken in kumulativer Häufung provozieren sollen, deren Auswahl und Ausgestaltung im einzelnen vorher nicht feststehen. Wie bereits ausgeführt, üben hierfür in erster Linie die systematischen Einteilungskategorien der Rechtsordnung die Funktion von Topoi aus. In der Praxis kommt durch eine Bestimmungsfrage allerdings nie der gesamte Katalog mit sämtlichen möglichen und denkbaren Einteilungsvarianten zum Vorschein. Es hat sich bereits gezeigt, daß es sich denktechnisch nicht verwirklichen läßt, alle geltenden Normen einzeln zu einem konkreten Fall in Beziehung zu setzen. Ebenso wenig befähigt das menschliche Erkenntnisvermögen dazu, in e i n e m Akt eine unbegrenzte Vielzahl von Gegenständen wahrzunehmen. Die Erfahrung zeigt, daß der Mensch nicht in der Lage ist, an viele Einzelheiten zugleich zu denken. Deshalb besteht die wichtigste Funktion der systematischen Einteilung der Normen gerade darin, dem Rechtsanwender auf Anhieb einen gewissen Über-

blick über das positive Recht zu verschaffen. Das ist nur durch eine Zusammenfassung mehrerer oder vieler Normen in Form von relativ wenigen allgemeineren Ordnungsbegriffen zu erreichen. Doch setzt sich selbst das System aus zu vielen einzelnen Einteilungsgesichtspunkten zusammen, als daß sie durch eine Bestimmungsfrage alle in den Blick des Urteilers geraten könnten. Das wird anschaulich, wenn man z.B. jemandem die Aufgabe stellen wollte, ohne weitere Nachforschungen sämtliche geltende deutsche Gesetze zu benennen. Als Fazit ist demnach festzuhalten, daß der Rechtsanwender durch eine Bestimmungsfrage immer nur eine Auswahl von Topoi auffinden kann, die zahlenmäßig auf ein praktikables Maß reduziert ist.

Die Struktur der Gesichtspunkte richtet sich dabei nach dem Umfang und dem Allgemeinheitsgrad der Bestimmungsfrage, die sich der Rechtsanwender im Einzelfall stellt. Für ihre Funktionsweise wurde ein tragendes Prinzip darin gesehen, daß sie dem jeweils formulierten Problem "adäquat" sind, d. h. nach Zahl und Allgemeinheitsgrad geeignet sein müssen, in praktikabler Weise zur Ausarbeitung der Lösung herangezogen werden zu können.¹

Der Rechtsanwender muß also darauf achten, die seiner jeweiligen Frage "entsprechenden" Problemgesichtspunkte aufzufinden. Diese Feststellung entspricht der grundlegenden Einsicht, wonach sich der Bestimmtheitsgrad einer Antwort immer nach demjenigen der Frage richten muß, soll es sich überhaupt um eine echte Antwort handeln.²

1) Vgl. oben S.53 f;

2) Collingwood, S. 33; speziell für topisches Denken: Lausberg, S. 147;

Damit stellt sich ein weiteres Problem. Es wäre nun folgerichtig zu untersuchen, nach welchen Kriterien sich die Formulierung der Bestimmungsfragen des Urteilers im einzelnen richtet. Insbesondere wäre es interessant zu erfahren, mit welcher Frageformulierung jeweils zu beginnen ist und welche Topoi dementsprechend zuerst in das Blickfeld des Juristen geraten. Eine allgemeine Antwort hierauf erscheint erst dann möglich, wenn Klarheit über die Bedingungen besteht, die für die Heranziehung und Befragung des Rechtssystems als Topoikatalog maßgeblich sind. Sie ist deswegen einstweilen zurückzustellen.

Aus der Struktur des Topoikatalogs, der dem Rechtsanwender für die Suche nach den jeweils relevanten Normen zur Verfügung steht, lassen sich noch einige weitere Rückschlüsse für den Befragungsmodus gewinnen. Zum einen muß man erkennen, daß sich der Jurist regelmäßig nicht mit einer einzigen Bestimmungsfrage begnügen kann. Das wird sofort verständlich, wenn man sich an die Art der Topoi erinnert, die durch die Bestimmungsfragen aktualisiert werden. Dabei handelt es sich ja nur um Einteilungsgesichtspunkte, die den Oberbegriff für eine größere oder kleinere Anzahl einzelner Normen bilden. Bei ihnen kann deshalb der Urteiler nicht stehenbleiben, da seine Aufgabe darin besteht, die einschlägigen Rechtssätze zu finden. Die Topoi stellen nicht schon die Lösung des Problems dar, sondern sie sollen lediglich dazu verhelfen, dieser Lösung geistig näher zu kommen. So können die Einteilungsgesichtspunkte der Rechtsordnung auch in diesem Zusammenhang immer nur gewisse Zwischenstationen der Erkenntnis sein, die dem Rechtsanwender dazu dienen, durch gewisse Auswahlprozesse den Relevanzbereich in der Normenordnung fortlaufend einzuengen. Hierfür

sind jedoch eine Reihe einzelner Bestimmungsfragen erforderlich, die einander nachgeschaltet sind.

Zum anderen ist festzustellen, daß sich diese Fragebewegung vom Allgemeinen zum Besonderen fortbewegt. Auch dafür ist gewissermaßen die Struktur des Topoikatalogs mit ausschlaggebend. Der klassifikatorisch-einteilende Aufbau des didaktischen Systems bringt es mit sich, daß die einzelnen Gesichtspunkte je nach der Anzahl der Normen, die durch sie summarisch bezeichnet werden, einen größeren oder geringeren Allgemeinheitsgrad aufweisen. Darin ist ein grundlegendes Merkmal aller Einteilungssysteme zu sehen.¹ Damit ist allerdings die Frage-
r i c h t u n g noch nicht denknotwendig vorgezeichnet. Sie ergibt sich jedoch schon aus folgender allgemeiner Überlegung: Der Jurist weiß zu Beginn seines Denkprozesses oft nur um die rechtliche Relevanz eines tatsächlichen Geschehens, das damit zunächst unter einem sehr allgemeinen Maßstab betrachtet wird. Das vorläufige Ziel der Rechtsanwendung besteht andererseits darin, die relevanten Normen als weitgehend konkretisierte und spezialisierte Einzelercheinungen des Rechtsgedankens aufzufinden. Allein diese Gegenüberstellung der methodischen Ausgangssituation mit dem Stadium, in dem erste sichtbare Ergebnisse des Denkens vorliegen, spricht dafür, daß sich diese allgemeine Richtung der juristischen Untersuchung auch in der Art und Weise der Heranziehung und Befragung des entsprechenden Topoikatalogs widerspiegelt.

Die Ursache für die Methode des Rechtspraktikers, über das Allgemeine zum Besonderen und Konkreten vorzustoßen, hängt wiederum mit der erkenntnis-

1) Vgl. oben S. 57;

theoretischen Erfahrung zusammen, wonach es nicht möglich ist, an zu viele Einzelercheinungen zugleich zu denken. Vielmehr geht die Reproduktion von Wissen, das dem Subjekt im entscheidenden Augenblick noch nicht bewußt ist, umso leichter vonstatten, je kleiner die Zahl der Denkobjekte ist. Insofern ist eine gewisse Wechselbeziehung zwischen der Reproduktion und ihrem Gegenstand festzustellen: Einerseits wurde ausgeführt - und daran ist nach wie vor festzuhalten -, daß sich die Antwort immer nach Art und Umfang der Frage richten muß, wenn es sich um eine Antwort im eigentlichen Sinn handeln soll. Demgemäß sind auch die Topoi immer von der jeweiligen Fragestellung im Einzelfall abhängig. Andererseits ist bereits bei der Formulierung der Fragen schon immer auf erkenntnistheoretische Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen. Es ist nämlich sinnlos, Untersuchungen anzustellen, von denen von vornherein feststeht, daß sie in der gewählten Form zu keinem Ergebnis führen können. Insbesondere ist im Auge zu behalten, daß durch Bestimmungsfragen immer nur eine beschränkte Anzahl von Topoi aktualisiert werden kann.

Daraus ergeben sich für die Rechtsanwendungsproblematik die folgenden Konsequenzen: Im Prinzip hat der Urteiler die gesamte Rechtsordnung darauf zu überprüfen, inwieweit sie auf den Einzelfall zur Anwendung kommt. Das bedeutet weiterhin, daß die ursprünglich in Betracht zu ziehenden Einteilungsgesichtspunkte das gesamte positive Recht erfassen müssen. Die Zahl dieser Topoi ist von ihrem jeweiligen Allgemeinheitsgrad abhängig. Sie ist umso kleiner, je mehr Normen die Topoi im einzelnen zusammenfassen, wodurch sich wiederum ihr Allgemeinheitsgrad erhöht. Das soll an einem Beispiel näher erläutert werden:

Gemeinhin teilt man das staatliche Recht unter die Gesichtspunkte des "Privatrechts" und des "öffentlichen Rechts" ein. Auf dieser Systemstufe sind also lediglich zwei Topoi von Belang, die allerdings sehr allgemein strukturiert sind, weil sie sehr viele einzelne Rechtssätze betreffen. Begibt man sich dagegen auf eine konkretere Stufe der Rechtsordnung, so wird man feststellen, daß sie bereits wesentlich mehr Einteilungskategorien vorsieht. Das ist etwa der Fall, wenn man die Topoi "Bürgerliches Recht" - "Handelsrecht" - "Wirtschaftsrecht" - "Verfassungsrecht" - "Verwaltungsrecht" - "Strafrecht" usw. in Betracht zieht.

Wenn man sich nun der Ausgangsthese erinnert, wonach die Reproduktion von Wissen umso leichter fällt, je weniger Einzelercheinungen dabei zu berücksichtigen sind, kommt man folglich zu dem Ergebnis, daß sich der Urteiler am Anfang seiner Fragestellung mit relativ allgemeinen Systemtopoi begnügen muß, die jedoch einen entscheidenden erkenntnistheoretischen Vorzug haben: Sie können auf Grund ihrer geringen Zahl ohne Schwierigkeiten reproduziert und durch topische Fragen aufgefunden werden. Darin wird die grundlegende Problematik der Rechtsanwendung deutlich. Ziel und Aufgabe des Juristen bestehen zunächst einmal darin, die für einen Fall erheblichen Rechtssätze aus der Gesamtheit der Rechtsordnung auszuwählen. Unmittelbar ist diese Aufgabe nicht zu lösen, weil die natürliche Denkfähigkeit des Menschen nicht ausreicht, in einem Akt alle gewußten Normen auf ihre Relevanz zu überprüfen. Vielmehr kann nur immer eine relativ kleine Auswahl von Denkobjekten einem entsprechenden Vergleich unterzogen werden. Diese sind im Rahmen des Rechtsanwendungsaktes zu Beginn der Untersuchung aus den genannten Gründen verhältnismäßig

allgemein strukturiert. Damit steht fest, daß der Rechtsanwender den Topoikatalog des Rechtssystems vom Allgemeinen zum Besonderen hin "durchläuft", indem er nacheinander entsprechende Bestimmungsfragen formuliert.

Um die Funktion der Normenordnung als Topoikatalog des Juristen demonstrieren zu können, soll im folgenden davon ausgegangen werden, daß die Aufmerksamkeit des Urteilers durch eine Bestimmungsfrage auf gewisse Systemtopoi gelenkt worden ist. Auf die Frage nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten, die für die Begründung eines Schadenersatzanspruchs in Betracht kommen, könnten dem Rechtsanwender beispielsweise die Topoi "Vertragshaftung" - "Haftung aus unerlaubter Handlung" - "Gefährdungshaftung" "einfallen". Sein weiterer methodischer Schritt geht nun dahin, jeden einzelnen aufgefundenen Gesichtspunkt darauf zu überprüfen, ob er zur Lösung der konkreten Problemsituation in gewisser Weise beitragen kann. Das Problem besteht dabei nach wie vor darin, die für den Rechtsfall relevanten Normen zu finden. Die systematischen Topoi stellen ihrerseits den Inbegriff mehrerer oder vieler einzelner Rechtssätze dar. Der Urteiler muß sich also bezüglich jedes Topos die Frage vorlegen, ob dieser Normen und Normenkomplexe verkörpert, die möglicherweise auf den Fall zur Anwendung gelangen. Aus dieser Formulierung ist zu ersehen, daß eine solche Frage jeweils den rechtlichen Gesichtspunkt zu dem Fall, soweit dieser bis dahin durch den Sachverhalt sprachlich erfaßt ist, explizit in Beziehung setzt. Der Sachverhalt bildet also einen denknotwendigen Bestandteil dieser Relationsfragen. Die Entscheidung über die Verwendbarkeit eines rechtlichen Topos kann immer nur im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände des

Einzelfalles erfolgen. Ist durch eine Bestimmungsfrage eine Reihe von adäquaten Einteilungsgesichtspunkten reproduziert worden, wenden sich die Erkenntnisbestrebungen des Rechtsanwenders - bildlich gesprochen - vom rechtlichen Bereich ab und richten sich wieder auf den Fall. Dieser wird nun seinerseits darauf befragt, ob er Momente enthält, auf die der betreffende Topos abstellt. Das soll nicht heißen, daß hinsichtlich jedes Gesichtspunkts eine ausgiebige Prüfung des sachlichen Substrats vorzunehmen wäre. Bei einem dermaßen einfach gelagerten Sachverhalt wie im Hundebiß-Fall¹ ist es ohne weiteres möglich, über seine Relation zu den einzelnen Einteilungsgesichtspunkten zu entscheiden, ohne daß der Blick des Urteilers merklich auf den Fall zurückwandert, und zwar einfach deshalb, weil dem Entscheidungsorgan der wesentliche Sachverhalt von Anfang an gegenwärtig ist.

Dieser psychologische Umstand darf jedoch nicht über die methodologische Grundstruktur dieses Denkvorgangs hinwegtäuschen. In jedem Fall beruht die Entscheidung über die Verwendungsmöglichkeit eines Topos im Einzelfall auf einer Relation, die zwischen dem rechtlichen und dem faktischen Bereich herzustellen ist. Ob beispielsweise ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegeben sein könnte, beurteilt sich einzig und allein nach dem Sachverhalt. Das "Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt"² manifestiert sich folglich in einer Serie von Relationsfragen, die Sachverhalt und Rechtstopoi zueinander in Beziehung setzen und darauf überprüfen, ob der Fall Merkmale enthält, auf die der rechtliche Gesichtspunkt abstellt.

1) Larenz, S. 235;

2) Engisch (1), S. 15;

Derartige Relationsfragen können jedoch immer erst dann gestellt werden, nachdem als Antworten auf Bestimmungsfragen einzelne, individualisierte Denkobjekte zur Verfügung stehen. Topische Fragen gehen somit einem kritisch-vergleichenden Denken methodologisch voraus. In der Rechtsanwendung bringen sie erst jene rechtlichen Gesichtspunkte zur Evidenz, mit denen sich der Urteiler anschließend in Form von Relationsfragen des näheren auseinandersetzen kann. Letztere stellen im Gegensatz zu den Bestimmungsfragen zugleich auch sog. Entscheidungsfragen dar, die letztlich nur eine bejahende oder verneinende Antwort zulassen. Sie sind von vornherein auf bestimmte Gesichtspunkte fixiert, wodurch die Möglichkeiten der Beantwortung so weit eingeschränkt werden, daß aus logischen Gründen nur noch diese zwei Alternativen denkbar sind.

Dem Urteiler ist es allerdings nicht möglich, die aufgefundenen Einteilungsgesichtspunkte in der Form auf den Fall "anzuwenden"; daß von "Subsumtionen" im eigentlichen Sinn gesprochen werden könnte. Insoweit besteht zwischen den systematisierenden Allgemeinbegriffen und den in den Rechtssätzen enthaltenen Begriffen ein wesentlicher Unterschied. Eine Subsumtion liegt immer nur dann inmitte, wenn ein Objekt einem übergeordneten Begriff zugeordnet wird, dessen Inhalt gleichartige oder ähnliche Objekte bezeichnet.¹ Per definitionem steht weiterhin fest, daß die Systembegriffe eine größere oder kleinere Anzahl einzelner R e c h t s s ä t z e bezeichnen. Ihnen können folglich wiederum nur Rechtssätze oder andere untergeordnete Systembegriffe zugeordnet werden,

1) So Englisch (1), S. 24 ff; siehe auch Kant (1), S. 141;

hingegen nicht ein "Fall" als solcher oder seine entsprechende Schilderung in Gestalt eines Sachverhalts.

Gleichwohl ist der Rechtsanwender aus methodologischen Gründen darauf angewiesen, aus einer gewissen Zuordnung des Falles zu den Einteilungstopoi Erkenntnisse zu gewinnen, die er für den weiteren Verlauf seiner Untersuchung unbedingt benötigt. Sein Weg zu den relevanten Normen führt ihn notgedrungen über das System, das in Verbindung mit den Umständen des einzelnen Falles für den Erkenntnisprozeß gleichsam die Weichen stellt. Gelangt der Urteiler nun beispielsweise zum Ergebnis, daß der Topos "Bürgerliches Recht" für den Einzelfall von Bedeutung ist, so kommt darin - logisch gesehen - lediglich folgendes zum Ausdruck: Nach seiner Auffassung sind die relevanten Normen (auch) jenem Teil der Rechtsordnung zu entnehmen, den man gemeinhin mit "Bürgerliches Recht" bezeichnet. Es wird dabei also weder unter den Systembegriff noch etwa in einer Art "Vorgriff" unter sämtliche bürgerlich-rechtliche Normen explizit subsumiert. Letzteres ist schon deshalb nicht denkbar, weil in diesem Stadium des Rechtsanwendungsaktes die einzelnen Rechtssätze noch nicht individuell zum Vorschein gekommen sind. Vielmehr fungiert der Topos insoweit lediglich als eine Suchformel, über die gleichwohl nur im Hinblick auf den jeweiligen Sachverhalt befunden werden kann. Die unter systematischen Gesichtspunkten erfolgende Prüfung des Falles dient dem Urteiler in erster Linie dazu, schrittweise den lokalen Standort des im Fall zutage tretenden Rechtsproblems im Normenbereich zu bestimmen. Das ist allerdings nur insoweit möglich, als er sich über die Bedeutung der einzelnen Topoi im klaren ist. Da diese mehrere Rechtssätze unter einem Allgemeinbegriff zusammenfassen, muß der

Rechtsanwender wissen, worin das Typische und Gemeinsame besteht, das die durch den einheitlichen Begriff verbundenen einzelnen Normen auszeichnet. Erst dadurch sieht er sich in die Lage versetzt, nach einem entsprechenden vergleichenden Blick auf den Sachverhalt Aufschluß darüber zu erlangen, ob die durch den Systemtopos letztlich bezeichneten Normen für die Lösung des konkreten Falles in Frage kommen. Damit wird zugleich wieder die wichtigste Funktion der Einteilungsgesichtspunkte für die Rechtsanwendung deutlich sichtbar: Durch die Beantwortung einer einzigen Frage wird u.U. über die Relevanz einer Vielzahl von Rechtsätzen entschieden.

Der Sinn einer jeden Frage besteht darin, eine entsprechende Antwort auszulösen. Demgemäß kann sich auch der Rechtsanwender nicht damit begnügen, den Fall und verschiedene Rechtstopoi durch Relationsfragen miteinander zu verbinden und einander gegenüberzustellen. Vielmehr müssen die Fragen beantwortet werden. Der Zweck der Heranziehung von Gesichtspunkten auf Fallkonstellationen besteht gerade darin, hieraus Erkenntnisse zu gewinnen, die den weiteren Denkprozeß bestimmen. Der Urteiler muß also bezüglich jeder Relationsfrage eine Entscheidung treffen, die dazu Stellung nimmt, ob die durch den Systemtopos bezeichneten Rechtssätze für die rechtliche Lösung des Einzelfalles in Betracht kommen. Es handelt sich dabei also um Urteile über die Relevanz bestimmter Normengruppen. Wie diese Urteile im einzelnen zustande kommen, kann im Rahmen der vorliegenden methodologischen Betrachtung nicht näher untersucht werden. Deshalb müssen insoweit einige recht allgemein gehaltene Bemerkungen genügen.

Es wurde schon erläutert, daß diese Urteile nicht

als Subsumtionen im streng logischen Sinne anzusehen sind. Dennoch ist ihr Zustandekommen unter erkenntnistheoretischem Aspekt durchaus mit der Subsumtionsproblematik vergleichbar. Daß sie sich lediglich auf die Feststellung der Relevanz beschränken, zugleich jedoch eine Reihe von Normen betreffen, ist insoweit unwesentlich. Der Erkenntnisakt ist in beiden Fällen in etwa gleichartig strukturiert. Im Grunde geht es jeweils darum, ein Objekt seiner Individualität zu entkleiden und es als (möglichen) "Fall" einer allgemeineren Denkkategorie zu begreifen. Speziell für den Rechtsanwender stellt sich die Aufgabe, den ihm vorliegenden Einzelfall als Anwendungsfall schon vorhandener Einsichten oder Normen zu erkennen.¹ Das soll hauptsächlich eine Sache der Erfahrung² bzw. des Rechtsgefühls³ sein. Nach Kant⁴ ist es das besondere Talent der Urteilskraft, das nicht belehrt, sondern nur geübt sein will. Sie befähige u.a. den Richter zu der Unterscheidung, ob ein Fall in concreto unter eine allgemeine juristische Regel zu subsumieren sei. Diese Ausführungen gelten auch für jene Entscheidungsproblematik, der die Relation zwischen einem Systemtopos und einem Sachverhalt zugrunde liegt. Dabei dürfte für den Juristen gleichfalls sein natürliches Judiz von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Da die Relationsfrage die Struktur einer Entscheidungsfrage aufweist, sind immer nur zwei Alternativen als Antwort denkbar: Entweder wird die durch den Systemtopos bezeichnete Normkategorie

1) Zippelius (1), S. 2232;

2) Scheuerle (1), S. 158;

3) Engisch (1), S. 30;

4) Kant (1), S. 138 ff;

als für den konkreten Fall relevant angesehen oder nicht. Davon ist das Problem zu unterscheiden, wie viele Gesichtspunkte, die durch eine Bestimmungsfrage des Urteilers aktualisiert worden sind, auf den jeweiligen konkreten Fall zutreffen können. Da auf einen Sachverhalt durchaus mehrere Rechtsätze zur Anwendung gelangen können, versteht es sich von selbst, daß dasselbe auch für die Systemtopoi gilt. Diese schließen sich in Bezug auf ihre praktische Verwendung gegenseitig nicht aus, sondern können im Einzelfall ohne weiteres nebeneinander beachtenswert sein. Der Rechtsanwender sieht sich also nicht genötigt, immer nur für einen einzigen der aufgefundenen Topoi zu votieren. Es kommt z.B. nicht selten vor, daß sowohl öffentliches Recht als auch das Privatrecht für die rechtliche Lösung eines Falles in Betracht zu ziehen sind. Da das äußere System des Rechts nicht nach logischen Grundsätzen aufgebaut ist, kann die Logik auch keinen Hinderungsgrund dafür bilden, für einen Sachverhalt mehrere oder alle Einteilungsgesichtspunkte nutzbar zu machen, die durch eine Bestimmungsfrage evident wurden.

Mit der Beantwortung der Relationsfrage, die den Sachverhalt mit einem Einteilungsgesichtspunkt verbindet, endet der Denkprozeß des Juristen naturgemäß nicht. Allerdings stellt sie insofern eine wichtige Zwischenstation auf seinem Weg zu den relevanten Rechtssätzen dar, als sie eine notwendige Voraussetzung für seine weitere Untersuchung bildet. Ist der Rechtsanwender nämlich zu der Überzeugung gelangt, daß ein durch einen Systemtopos bezeichneter und in seinem Umfang bestimmter Kreis von Rechtssätzen für die Lösung des Falles von Bedeutung ist, dann hat er die Möglichkeit, diesen Kreis der relevanten Normen noch enger zu ziehen

und noch überschaubarer zu gestalten. Das beruht letztlich auf dem Prinzip, wonach der Urteiler bei der Rechtsanwendung über das Allgemeine und Abstrakte zum Besonderen und Konkreten vordringt.¹ Besteht Aussicht, unter einer gewissen Normenkategorie relevante Rechtssätze zu finden, sieht sich der Urteiler auch in der Lage, entsprechende konkretere Fragen zu formulieren, die den ohnehin schon begrenzten Normenbereich noch transparenter erscheinen lassen. Hierfür ist erforderlich, daß zunächst durch eine weitere Bestimmungsfrage neue Einteilungstopoi aufgefunden werden, deren Struktur sich wiederum nach dem Umfang und dem Allgemeingrad der Frage richtet. Ihre Formulierung entscheidet also über den Fortgang des Denkprozesses. Die Bestimmungsfrage knüpft an die gewonnene Einsicht an, die in Form einer Antwort auf die Relationsfrage vorliegt, und sucht jene systematischen Gesichtspunkte zu reproduzieren, die dem bejahten Topos auf einer konkreteren Systemstufe entsprechen. Nach diesen konkreteren Einteilungsgesichtspunkten kann der Urteiler erst dann sinnvoll fragen, sobald er über die Verwendbarkeit ihres übergeordneten allgemeineren Topos im positiven Sinn entschieden hat. Dieser Akt bietet erst einen begründeten Anlaß und schafft vielfach erst die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen dafür, auf eine konkretere und den einzelnen Rechtssätzen folglich näher liegende Systemstufe zu gelangen. So findet der Rechtsanwender beispielsweise die Haftungstopoi des Vertrags, der unerlaubten Handlung und der Gefährdungshaftung in dem erwähnten "Hundebiß-Fall" nur, wenn er vorher (bewußt oder unbewußt) allgemeinere Gesichtspunkte (etwa: Privat-

1) Vgl. oben S. 65 ff;

recht - Bürgerliches Recht) als für den konkreten Fall relevant erkannt hat. Sind durch eine Bestimmungsfrage neue, konkretere Gesichtspunkte aufgefunden, werden auch sie in der geschilderten Weise durch Relationsfragen zu dem Fall in Beziehung gesetzt. Auf die positive Beantwortung einer Relation folgt eine weitere konkretisierende Bestimmungsfrage usf.

Dieser Konkretisierungsprozeß ist nun immer zugleich mit einem Auswahlvorgang verbunden. Zwar kann es durchaus vorkommen, daß alle Systemtopoi, die durch eine Bestimmungsfrage hervorgebracht werden, auf den konkreten Fall zutreffen. Dies gilt jedoch nicht für den gesamten Ablauf der systematischen Fragebewegung des Urteilers, was aus der nachfolgenden Überlegung deutlich wird. Der Rechtsanwender hat, wie erwähnt, grundsätzlich die g e s a m t e Rechtsordnung auf ihre Relevanz für den Einzelfall zu überprüfen, muß deshalb von relativ allgemeinen Topoi ausgehen. Erfahrungsgemäß ist jedoch für die rechtliche Lösung des Falles letztlich nur ein kleiner Teil aller geltenden Rechtssätze erheblich. Das ergibt sich daraus, daß nur eng begrenzte Wirklichkeitsausschnitte erkannt und zum Gegenstand einer Schilderung gemacht werden können, für die nicht alle Normen von Bedeutung sind. Folglich muß es auch bei der durch das Rechtssystem geleiteten Invention des Urteilers zu Auswahlentscheidungen kommen. Auf einer bestimmten Stufe des Topoikatalogs gelangt er notwendig zu der Erkenntnis, daß nicht mehr alle aufgefundenen Einteilungsgesichtspunkte, sondern nur noch ein Teil von ihnen Normen bezeichnet, die für die Falllösung von Belang sind. Der Auswahlvorgang wird durch die Entscheidung einer Relationsfrage vollzogen. Ist es für den Urteiler offensichtlich, daß der Fall keinerlei Anhaltspunkte enthält, auf die der gerade in

Frage stehende Systemtopos verweist, wird er die Relationsfrage verneinen. Damit scheiden der betreffende Topos, alle ihm untergeordneten konkreteren Gesichtspunkte und letztlich die durch ihn zusammengefaßten Normen aus dem nachfolgenden Erkenntnisprozeß des Juristen aus. Erstmalig findet eine solche Auswahl regelmäßig auf einer recht allgemein strukturierten Systemstufe statt. Zwar kann es noch vorkommen, daß beispielsweise sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Gesichtspunkte auf einen Fall zutreffen. Doch von den nachgeordneten konkreteren Topoi erweisen sich im Einzelfall meist nur noch einige als bedeutsam. Nur diese bilden dann den Anknüpfungspunkt für weitere konkretisierende Bestimmungsfragen. Die Topoi, die durch sie aufgefunden werden, können ihrerseits wieder Gegenstand von Auswahlprozessen sein, falls sich herausstellt, daß nicht alle, sondern nur ein Teil von ihnen für den Fall bedeutsam ist. Daraus ist zu ersehen, daß die Einbeziehung des Rechtssystems in die Fragebewegung des Urteilers notwendig auch Auswahlprozesse mit sich bringt, die zu einer sich fortlaufend verstärkenden Einengung des Kreises der relevanten Rechtssätze führen. Die dadurch hervorgerufene Verengung des Blickes, der sich auf einen immer mehr zusammenschrumpfenden Sektor des gesamten Rechtsbereichs konzentriert, bildet die erkenntnistheoretische Voraussetzung dafür, daß der Rechtsanwender auf konkretere Gesichtspunkte überhaupt aufmerksam werden kann. Nur durch eine solche allmähliche, Schritt für Schritt erfolgende Auswahl- und Einkreisungsmethode kann man auf eine rational erklärlche Weise zu den wenigen für den Einzelfall erheblichen Normen vordringen.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Entscheidung darüber, ob ein Einteilungsgesichtspunkt für die Suche nach den relevanten Rechtsätzen im Einzelfall von Bedeutung ist, in Form einer Antwort auf eine entsprechende Relationsfrage zustande kommt. Daraus ergibt sich zugleich, in welcher Weise der konkrete Fall auf den fortwährenden Auswahlprozeß im rechtlichen Bereich Einfluß nimmt. Das Urteil über die Relevanz der in einem Systemtopos zusammengefaßten Normen hängt notwendig von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab. Jeder entscheidende Schritt auf rechtlichem Gebiet muß durch einen entsprechenden Sachverhalt gedeckt sein. Die logische Formel, wonach sich die Relevanz der Rechtssätze nach der jeweiligen Fallkonstellation richtet, tritt methodologisch dadurch in Erscheinung, daß die auf rechtlicher Ebene erfolgenden Konkretisierungs- und Auswahlprozesse mittels einer Vielzahl von Relationsfragen und den entsprechenden Entscheidungsakten durch die Gegebenheiten des Falles gesteuert werden. Die topische Heranziehung eines Einteilungssystems und dessen fortlaufende Befragung im Hinblick auf den jeweiligen Fall ebnen dem Juristen den Weg zu den einzelnen relevanten Normen. Es wird somit deutlich, daß die Konstitution des Falles für die Normensuche einen entscheidenden Faktor darstellt.

Diese Suche vollzieht sich demnach in einem Prozeß des ständigen Fragens und Antwortens. Topische Bestimmungsfragen aktualisieren beim Rechtsanwender entsprechende relevante Rechtsgesichtspunkte, von denen jeder auf seine Verwendbarkeit für den konkreten Fall überprüft wird. Den Entscheidungsakten folgen weitere, das Problem konkretisierende

Bestimmungsfragen, die speziellere Topoi zum Vorschein bringen. Topisch fragende und judizielle Denkstrukturen wechseln einander im Rechtsanwendungsverfahren dauernd ab. Dieser Such- und Entscheidungsprozeß setzt sich so lange fort, bis die Basis des didaktischen Rechtssystems erreicht ist. Sie besteht aus den einzelnen Normen, in denen die Rechtsordnung im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen der Wirklichkeit ihre weitestgehende Konkretisierung erfährt. Durch einen fortwährenden Auswahlprozeß gelingt es dem Rechtsanwender, den Kreis der relevanten Rechtssätze auf einigermaßen überschaubare und praktikable Ausmaße zu beschränken. Die Normen werden für ihn dann einzeln erkennbar, wenn seine Bestimmungsfragen so eng und konkret ausfallen, daß sie keine weiteren spezielleren Einteilungsgesichtspunkte mehr reproduzieren, sondern unmittelbar auf die Rechtssätze selbst stoßen. Diese letzteren stellen somit genau besehen für den Urteiler nichts anderes als Topoi dar.¹ Ebenso wie die Einteilungsgesichtspunkte des Systems werden die Rechtssätze in die Untersuchung einbezogen, weil man sich von ihnen Aufschluß über den weiteren Lösungsweg erhofft. Ihr Auftauchen allein bedeutet nicht schon die rechtliche Lösung des Falles. Das erhellt daraus, daß keineswegs immer alle aufgefundenen Normen letztlich auf den Fall zur Anwendung gelangen. Steht beispielsweise durch die entsprechende Beantwortung einer Relationsfrage fest, daß sich der nach einer Vermögensverschiebung erforderliche Ausgleich zwischen zwei Rechtssubjekten nach Bereicherungsrecht vollzieht, hat dies noch nicht zwangsläufig zur Folge,

1) Nach Zippelius (1), S. 2231 und (2) S. 140 kann die Normenordnung insgesamt als Topoikatalog des Juristen bezeichnet werden.

daß sämtliche bereicherungsrechtlichen Tatbestände auf den Einzelfall auch zutreffen. Vielmehr ist es oft erforderlich, unter den durch Bestimmungsfragen aufgefundenen Rechtssätzen noch eine gewisse Auswahl vorzunehmen.

Bevor man sich damit befaßt, die Anwendbarkeit der Normen im einzelnen zu prüfen, ist es zweckmäßig, ihre rechtssystematischen Beziehungen zueinander zu klären. Damit ist also das sog. "innere", spezifisch-juristische System angesprochen, das als Produkt dogmatischer Erkenntnisse eine Fülle von Prinzipien und Regeln vorsieht, die bei der Anwendung der Rechtssätze zu beachten sind. Diesem System kommt somit ein gewisser Erkenntniswert bei der Lösung rechtlicher Probleme zu. Es soll in erster Linie dazu dienen, die Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten und Lücken und Widersprüche unter den Rechtssätzen auszuräumen. Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem die Konkurrenzlehre bedeutsam, die vornehmlich in der Strafrechtsdogmatik eine wichtige Rolle bei der Gesetzesanwendung spielt. Es gilt also, unter den aufgefundenen Normen gewisse Prioritäten für ihre Anwendung herauszuarbeiten. Nach welchen Grundsätzen dies geschieht, ist hier nicht zu erläutern. Es muß der Hinweis genügen, daß, u.U. dogmatische Erwägungen die Reihenfolge bestimmen, in der die Normen auf ihre Anwendbarkeit im Einzelfall überprüft werden. Naturgemäß wird der Urteiler seine Erkenntnisbestrebungen zuerst auf jene Rechtssätze lenken, die aus systematischen Gründen vor anderen aufgefundenen Normen rangieren und diese von einer Anwendbarkeit ausschließen. Andernfalls liefe er Gefahr, Einsichten zu gewinnen, auf die es letztlich nicht ankommt.

Da die mittels Bestimmungsfragen aktualisierten Normen für den Rechtsanwender zunächst nur als Topoi

fungieren, ist es auch insoweit erforderlich, jede einzelne von ihnen explizit zu dem konkreten Fall in Beziehung zu setzen und darauf zu überprüfen, ob sie auf ihn zutrifft. Wie bei den Systemtopoi geschieht dies in Form einer Relationsfrage. Im Unterschied zu ihnen kann jedoch der Sachverhalt unter den Tatbestand einer Norm subsumiert werden, wenn es sich herausstellt, daß er einen Fall zum Inhalt hat, der in seinen wesentlichen Zügen jenen vom Normtatbestand bezeichneten Fällen gleichzustellen ist. Fällt die Antwort auf die Relationsfrage verneinend aus, wird also die Subsumtion abgelehnt, so scheidet die betreffende Norm aus dem Erkenntnisprozeß aus, wodurch u.U. jene Rechtssätze zum Zuge kommen können, die aus dogmatischen Gründen neben der abgelehnten Norm nicht anwendbar gewesen wären.

4. Die für die Invention maßgeblichen Faktoren

Damit ist ein methodologisches Modell skizziert, nach dem sich der Denkmodus des Rechtsanwenders bei der Suche nach den relevanten Rechtssätzen vollzieht. Da nun die Faktoren bekannt sind, die insoweit eine Rolle spielen, erscheint es möglich, die Voraussetzungen zu nennen, die für das Erkenntnisvermögen des Urteilers im Einzelfall bestimmend sind. Von ihnen hängt es ab, nach welchen Denkstrukturen die für den konkreten Fall erheblichen Normen jeweils gefunden werden. Insbesondere soll dabei auf das bisher noch ungelöste Problem eingegangen werden, nach welchen Topoi der Urteiler in einem bestimmten Fall bewußt fragt. Der Rechtspraktiker beginnt nämlich seine rechtlichen Überlegungen keineswegs immer mit den denkbar allgemeinsten Einteilungsgesichtspunkten. Vielmehr ist er nicht selten in der Lage, auf Anhieb und in einem Zuge die für einen Fall wesentlichen Gesetze und einzelnen Rechtssätze anzuführen.

Das bedeutet allerdings nicht, daß er dabei nach einer besonderen Methode vorgehe, die von der hier vorgeschlagenen abweicht. Der Rechtsanwender vollzieht in solchen Fällen nur die methodologisch erforderlichen Schritte psychologisch in einem einzigen Akt. Erkennt er die Relevanz eines Systemtopos oder einer Norm, hat er damit - logisch gesehen - eo ipso all jene Relationsfragen in positivem Sinn beantwortet, die die entsprechenden übergeordneten und allgemeineren Topoi betreffen. Im praktischen Denken werden ausdrückliche Fragen nämlich nur insoweit gestellt, als man nicht über positives Wissen verfügt. Dies gilt auch für die Ausgangsfrage, mit der der Urteiler einen Fall erstmals zur Rechtsordnung in Beziehung setzt. Sie ist, wie ausgeführt, eine Bestimmungsfrage,

die für ein Problem relevante Gesichtspunkte reproduzieren soll. Ihre Formulierung und ihr Allgemeinheitsgrad richten sich im Einzelfall danach, "wo" für den betreffenden Urteiler das Problem beginnt. Hierfür ist folgendes Kriterium maßgebend: Der Jurist empfindet einen Fall als problematisch, soweit es ihm ohne nähere Überlegung nicht mehr möglich ist, einen Sachverhalt bestimmten Topoi zuzuordnen und zugleich andere Topoi desselben Allgemeinheitsgrades von der weiteren Untersuchung auszuschließen. Das kann mehrere Ursachen haben. Das Rechtsanwendungsverfahren ist ein komplexer Vorgang, der sich aus Bestimmungsfragen, Relationsfragen und den entsprechenden Antworten zusammensetzt. Die spezifisch juristische Leistung besteht jeweils in der Beantwortung dieser Fragen. Es kommt also darauf an, welche Faktoren für die Beantwortung der Fragen maßgeblich sind.

Zunächst liegt es auf der Hand, daß Bestimmungsfragen durch die Rechtskenntnisse des Urteilers ihre Beschränkung erfahren. Das liegt schon im Wesen dieser Fragen, die darauf abzielen, vorhandene Einsichten wieder ins Bewußtsein zurückzurufen und zu aktualisieren. Der Jurist kann sich nicht mit Aussicht auf Erfolg Fragen vorlegen, von denen von vornherein objektiv feststeht, daß sie von ihm nicht beantwortet werden können. Es ist beinahe banal festzustellen, daß der Urteiler das positive Recht immer nur in dem Umfang zur Anwendung bringen kann, in dem er es kennt. Zumindest muß er über die Geltung bestimmter Regelungen Bescheid wissen und in der Lage sein, entsprechende genauere Nachforschungen anzustellen, um sich notfalls dadurch das erforderliche Detailwissen anzueignen. Der Jurist kann durch seine Invention nur auf solche Systemtopoi stoßen, die ihm in irgendeiner Form bekannt sind. Seine Bestimmungs-

fragen halten sich also notwendigerweise in jenem Rahmen, der durch seine Kenntnis der Rechtsordnung vorgezeichnet ist. Die im Hinblick auf einen Fall erfolgende systematische Konkretisierung des Rechts muß zum Stillstand kommen, wenn es nicht mehr gelingt, neue und speziellere Topoi aufzufinden.

Darüber hinaus ist zu beachten, daß Bestimmungsfragen immer schon gewisse Einsichten zugrunde liegen, an die sie anknüpfen. So kann nur dann in sinnvoller Weise nach einschlägigen Normen gefragt werden, wenn feststeht, daß überhaupt ein "Rechtsfall" inmitte liegt. Desgleichen kann der Jurist nur unter der Voraussetzung nach weiterführenden Gesichtspunkten Ausschau halten, daß alle vorangehenden Relationsfragen beantwortet sind. Denn konkretisierende Bestimmungsfragen werden nur noch bezüglich derjenigen Topoi formuliert, die sich für die Lösung des Falles als bedeutsam erwiesen haben. Das Problem, welche Bestimmungsfragen zu stellen sind, beurteilt sich im Einzelfall also danach, inwieweit der Rechtsanwender auf vorhandenen Einsichten aufbauen kann, d.h. im Konkretisierungsprozeß fortgeschritten ist. Hierfür sind diejenigen Faktoren maßgeblich, von denen die Beantwortung der Relationsfragen jeweils abhängt. Wenn nämlich der betreffende Urteiler im konkreten Fall in der Lage ist, einen Sachverhalt auf Anhieb zu relativ speziellen rechtlichen Gesichtspunkten in Beziehung zu setzen, so beruht dies allein auf seiner Fähigkeit, über alle methodologisch vorausgehenden allgemeineren Relationen gleichsam in einem einzigen Akt zu entscheiden. Bewußt fragen wird er nur nach solchen Topoi, deren Verwendbarkeit für den konkreten Fall nicht offensichtlich ist, die also zu Zweifeln Anlaß geben.

Dafür können wiederum zwei Faktoren verantwortlich sein. Zum einen kann es an der Sachverhaltszusammensetzung liegen, die dem Rechtsanwender u.U. kein sofortiges Relationsurteil erlaubt. Welche Auswirkungen die fortlaufend unter systematischen Gesichtspunkten erfolgende Überprüfung des Falles auf die Gestaltung des Sachverhalts mit sich bringt, ist an anderer Stelle näher zu untersuchen. Es ist jedoch hier schon auf jenes grundlegende Erfordernis einzugehen, das für alle Vergleichen zwischen Sachverhalten und rechtlichen Topoi bestimmend ist: Soll ein Topos auf einen konkreten Fall zutreffen, müssen im letzteren alle Merkmale verwirklicht sein, die jener voraussetzt. Dies gilt sowohl für die Heranziehung systematischer Allgemeinbegriffe wie für die Anwendung der einzelnen Rechtssätze. Ein Urteil über ihre jeweilige Verwendbarkeit im Einzelfall kann nicht abgegeben werden, solange dem Rechtsanwender die entsprechenden Fakten nicht zur Verfügung stehen. Die wechselseitige Zuordnung von Sachverhalt und Normenordnung gerät ins Stocken, wenn der Jurist bei seiner Invention auf Topoi stößt, hinsichtlich derer die Fallerzählung Lücken aufweist. Dann endet die oft unbewußt vorgenommene systematische Einordnung des Falles, und es werden ausdrücklich Fragen nach den entsprechenden tatsächlichen Umständen formuliert. Der Jurist kann nur über solche rechtliche Gesichtspunkte definitiv entscheiden, zu denen der Sachverhalt in ausreichendem Umfang Aussagen enthält. Da die Fallschilderungen, die ein Rechtsanwendungsverfahren in Gang bringen, in ihrer rechtlichen Prägnanz ganz vom Rechtsgefühl oder den Kenntnissen desjenigen abhängen, der den "Rechtsfall" erstmals formuliert, fallen sie mehr oder weniger "unvollständig" aus. Sie setzen dem juristischen Erkenntnisvermögen dergestalt Grenzen, daß sie

ebenfalls nur die Anwendung mehr oder weniger allgemeiner Topoi ermöglichen. Zwar ist es dem Urteiler meistens möglich, an diese erkannten Relationen anzuknüpfen und konkretere Topoi zu aktualisieren, die jedoch vor ihrer Beurteilung entsprechende Ergänzungen des Sachverhalts erfordern. Der Allgemeinheitsgrad der erfragbaren rechtlichen Gesichtspunkte bestimmt sich somit u.a. nach der rechtlichen Qualifizierung des jeweiligen Sachverhalts. Der Konkretisierungsprozeß im rechtlichen Bereich ist Schritt für Schritt von entsprechenden Erkenntnissen auf tatsächlichem Gebiet abhängig. Ein bestimmter Sachverhalt gibt bei einem streng methodischen Vorgehen lediglich den Anlaß, die Topoi des ihm entsprechenden Konkretisierungsgrades in Betracht zu ziehen. Die erste bewußt gestellte Bestimmungsfrage des Rechtsanwenders hängt also in ihrer Formulierung und hinsichtlich ihrer Beantwortung ganz davon ab, inwieweit der Sachverhalt den Rechtsfall ausreichend beschreibt.

Zum anderen sind Wissen und Urteilskraft erforderlich, um die auftauchenden Relationsfragen beantworten zu können. Ein "vollständiger" Sachverhalt und eine umfangreiche Kenntnis des Aufbaus der Rechtsordnung genügen für sich allein nicht, um die Lösung des jeweiligen Problems zu finden. Vielmehr muß sich der Rechtsanwender in einem kombinierten Such-, Entscheidungs- und Auswahlprozeß schrittweise an die im Einzelfall relevanten Rechtssätze heranarbeiten. In der Praxis erweist sich dabei als weitaus am schwierigsten die Entscheidungsproblematik, bei der es darum geht, die Beziehung zwischen einem Sachverhalt und einem Rechtstopos zu beurteilen. Diese Relationsurteile bilden ihrerseits erst die Voraussetzung für weitere konkretisierende Bestimmungsfragen. Bei der Beurteilung eines aufgefundenen Topos muß man sich zuvörderst darüber im klaren sein,

was er im einzelnen bezeichnet. Bezüglich der Einteilungsgesichtspunkte führt dies im allgemeinen kaum zu Schwierigkeiten, weil die Zahl der durch sie erfaßten Rechtssätze letztlich begrenzt ist. Anders verhält es sich mit den Normen selbst. Hinsichtlich ihrer Anwendung setzt sich in zunehmendem Maß die Einsicht durch, daß sich der Jurist hierbei verhältnismäßig selten auf reine Erkenntnisakte beschränken kann.¹ Zwar ist es in der Praxis unerläßlich, sich vor der Anwendung eines Rechtssatzes über die Erkenntnisse zu informieren, die die höchst-richterliche Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich des Anwendungsbereichs der betreffenden Norm gewonnen haben. Insofern ist die bloße Kenntnis der Einsichten, zu denen andere vorgedrungen sind, ein durchaus beachtlicher Faktor des Rechtsanwendungsakts. Im Gegensatz zu den Einteilungsgesichtspunkten ist es jedoch gewöhnlich nicht möglich, zu einem bestimmten Zeitpunkt alle Fälle anzugeben, die eine Norm objektiv regelt. Vielmehr wird ihr Bedeutungsgehalt im Laufe der Zeit schrittweise erforscht, indem man ihr neu auftauchende Fälle zuordnet oder ihre Anwendbarkeit im Einzelfall verneint. Da ein bestimmter Wirklichkeitsausschnitt einzigartig ist und sich nie wiederholt, kann kein Fall einem anderen, der bereits unter eine Norm subsumiert worden ist, völlig gleich sein. Deshalb ist die Subsumtion in der Regel auch kein ausschließlich logischer Akt. Vielmehr besteht die eigentliche Aufgabe des Urteilers darin, ein Urteil darüber abzugeben, ob der ihm vorliegende konkrete Fall in den wesentlichen Punkten jenen Fällen gleichzusetzen ist, von denen feststeht, daß sie in den

1) Vgl. Larenz, S. 254 ff; Engisch (2), S. 106 ff; Zippelius (2), S. 11 ff; 127 f;

Anwendungsbereich des betreffenden Rechtssatzes fallen. Dies ist jedoch, wie schon ausgeführt, eine Sache der persönlichen Urteilkraft des einzelnen, für die sich allgemeingültige Regeln nicht aufstellen lassen. Vor ein ähnliches Problem sieht sich der Rechtsanwender gestellt, wenn es für ihn darum geht, über die Verwendbarkeit eines Systemtopos im Einzelfall zu entscheiden. Auch hierfür reicht sein Wissen im allgemeinen nicht aus, sondern es bedarf darüber hinaus eines judiziellen Aktes.

Wissen und Urteilkraft sind somit die weiteren Faktoren, die für die Beantwortung der Relationsfragen eine Rolle spielen. Der Urteiler kann unter Berücksichtigung der Grenzen, die durch die rechtliche Qualifikation des jeweiligen Sachverhalts gezogen sind, in der Konkretisierung des Rechts im Hinblick auf einen Fall nur so weit vordringen, als es ihm seine Kenntnisse und sein Urteilsvermögen erlauben. Sie stellen neben dem objektiven Faktor des Sachverhalts jene Kriterien dar, die für die Heranziehung des Rechtssystems als Topoikatalog bestimmend sind. Sie sind auch die entscheidenden Gesichtspunkte für das Problem, mit welcher Bestimmungsfrage der Jurist seine Invention bewußt beginnt und welche Topoi folglich als erste in sein Blickfeld gelangen. Die Kenntnis der Rechtsordnung im großen wie im Detail und die Ausbildung der persönlichen Urteilkraft stellen neben dem Vollständigkeitsgrad der Beschreibung des Rechtssalles im Sachverhalt diejenigen Faktoren dar, die den Erkenntnisprozeß des Rechtsanwenders in Richtung auf die einschlägigen Rechtssätze maßgeblich beeinflussen.

Bisher wurden die Überlegungen des Urteilers lediglich insoweit verfolgt, als sie sich mit der Durchdringung

der rechtlichen Materie befassen. Es wurde jedoch schon darauf hingewiesen, daß die Rechtsfindung sowohl unter logischem wie unter methodologischem Aspekt nicht eingleisig verläuft, sondern ganz auf den jeweiligen Fall ausgerichtet ist. Das kam durch die Beobachtung zum Ausdruck, wonach jeder Schritt auf der rechtlichen Ebene mittels einer Relationsfrage vom Sachverhalt kontrolliert wird und letzterer auch eine objektive Voraussetzung für das Konkretisierungsvermögen des Rechtsanwenders bildet. Rechtsanwendung bedeutet somit gleichermaßen eine fortlaufende Befragung der Wirklichkeit. Im folgenden ist nun darauf einzugehen, wie sich diese Befragung im einzelnen vollzieht und welche Auswirkungen sie für die Konstituierung des Sachverhalts mit sich bringt. Insbesondere wird herauszustellen sein, in welcher Weise die Rechtsordnung die Auswahl der relevanten Fakten beeinflußt.

§ 4 Die Bedeutung der Rechtsordnung für die Sachverhaltsbildung

I Die Frage nach dem Fall

Aus Gründen einer prägnanteren Darstellung erscheint es angebracht, den folgenden Ausführungen eine bestimmte Entscheidungssituation im Rechtsanwendungsverfahren zugrunde zu legen. Der Einfluß der rechtlichen Gesichtspunkte auf die Sachverhaltsbildung wird nämlich besonders evident, wenn man annimmt, daß der Rechtsfall noch nicht in vollem Umfang erkannt und zum Ausdruck gebracht worden ist. Es soll also beispielhaft davon ausgegangen werden, daß die Fallschilderung keine Aussagen über diejenigen Fakten enthält, auf die ein bestimmter in Frage stehender Topos abstellt. Dabei kommt der Blick des Urteilers, der vom jeweiligen rechtlichen Gesichtspunkt seinen Ausgang nimmt und sich vergleichend auf den Fall richtet, augenfälliger zur Geltung als bei einem Sachverhalt, der die für den Topos bedeutsamen Tatsachen bereits alle beschreibt.

Die Relationsfragen des Rechtsanwenders setzen Systemtopoi jeglichen Allgemeinheitsgrades zu dem Fall in Beziehung, die folglich alle in größerem oder kleinerem Umfang die inhaltliche Zusammensetzung des Sachverhalts mitbestimmen. So kann es z.B. erforderlich sein, den Fall darauf zu überprüfen, ob eine der beteiligten Personen die Kaufmannseigenschaft besitzt. Bevor darüber im Sachverhalt nichts ausgesagt ist, kann über die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuchs im ganzen nicht befunden werden. Gleichwohl werden sich die weiteren Ausführungen auf die spezifische Relationsproblematik zwischen einem einzelnen Rechtssatz und dem Fall beschränken.

Wie bei der Suche nach den erheblichen Rechts-sätzen bedient sich der Urteiler auch bei der Konstituierung des relevanten Sachverhalts der Frage als Erkenntnismittel. Sie tritt immer dann auf den Plan, wenn es darum geht, Wissenslücken zu füllen und das Material für eine sich anschließende Beurteilung aufzufinden. In dieser Situation befindet sich das Entscheidungsorgan, wenn es im Verlauf der Rechtskonkretisierung zu einem Normtopos vorgedrungen ist und sich vor das Problem gestellt sieht, ob der Rechtssatz auf den Fall anzuwenden ist oder nicht. Dieses Relationsproblem erfordert es, daß sich die Erkenntnisbestrebungen des Rechtsanwenders wieder ausdrücklich dem Sachverhalt bzw. dem Fall zuwenden, um die betreffenden Fakten mit dem Tatbestand des Rechtssatzes zu vergleichen. Nach dem Auffinden eines rechtlichen Topos sucht er im tatsächlichen Bereich zunächst eine Antwort auf die Frage, ob der Fall Tatsachen in sich birgt, die für das Urteil über die Anwendbarkeit der Norm von Belang sind.

Diese Feststellungen entsprechen dem Verfahren, das in der Praxis eingeschlagen wird, um das für die Entscheidung erhebliche Tatsachenmaterial zu sammeln. Wenn ein juristischer Laie den Fall zum ersten Mal sprachlich zum Ausdruck bringt, nimmt er nur diejenigen Begebenheiten in seine Schilderung auf, die ihm aus bestimmten Gründen als erwähnenswert erscheinen. Er muß sich also vorher (bewußt oder unbewußt) die Frage vorgelegt haben, welche Tatsachen aus einem komplexen Geschehen für ihn "erwähnenswert" sind; denn jeder Sachverhalt stellt die Antwort auf eine entsprechende vorangehende Frage dar.¹ Deutlicher noch tritt die Fragestruktur der Sachverhaltsgestaltung

1) Hruschka (1), S. 29, 62;

zutage, wenn der konsultierte Anwalt den von einem Laien gebildeten "Rohsachverhalt" auf Grund seiner Rechtskenntnis zu ergänzen sucht. Er wird dann nach denjenigen Tatsachen fragen, die ihm für die rechtliche Lösung des Falles erheblich erscheinen, in der Schilderung des Laien aber noch nicht enthalten waren.¹ Mit Recht sieht Bierling² in dieser Tätigkeit eine wesentliche Aufgabe des Rechtsanwalts. Dieser ist nämlich oft der erste Rechtskundige, dem ein Fall vorgetragen wird. Er ist deshalb in erster Linie dazu berufen, die oft lückenhafte und ungeordnete Fallschilderung des Laien vermöge seiner Rechtskenntnis weitgehend zu vervollständigen und im Hinblick auf die möglicherweise anzuwendenden Normen zu gestalten. In diesem Stadium der Rechtsanwendung erfährt der Sachverhalt deshalb nicht selten umfangreiche Änderungen. Das schließt natürlich weitere Fragen des Richters nach den tatsächlichen Umständen nicht aus. Diese Fragen werden u.U. erforderlich, wenn ihnen im Hinblick auf den Fall eine rechtliche Auffassung zugrunde liegt, die sich von derjenigen des Rechtsanwalts unterscheidet. Diesem Umstand wird z.B. für den Zivilprozeß in Gestalt eines richterlichen Fragerechts Rechnung getragen.³

Die Frage nach den Fallgegebenheiten wird regelmäßig von einem oder mehreren Rechtsbegriffen veranlaßt, die im Tatbestand einer Norm enthalten sind. Mit diesen wird der Urteiler befaßt, wenn er die einzelnen Merkmale eines Tatbestandes auf ihre Vereinbarkeit mit dem konkreten Fall überprüft. Im "Hundebiß-Fall" kann sich der Rechtsanwender z.B.

1) Vgl. Larenz, S. 235;

2) S. 47 Fußn. 2;

3) § 139 Abs. 1 ZPO;

vor die Frage gestellt sehen, ob die Frau von einem "Haustier" i.S.d. § 833 S. 2 BGB gebissen worden ist. Bevor ihm darauf eine Antwort möglich ist, müssen ihm diejenigen Umstände des Falles bekannt sein, die zu diesem Rechtsbegriff eine Affinität aufweisen. Das Mittel, diese Gegebenheiten in Erfahrung zu bringen, ist für ihn die Frage.

Hruschka¹ bemerkt zu Recht, daß es sich dabei immer um eine Entscheidungsfrage handelt, auf die nur entweder eine bejahende oder verneinende Antwort denkbar ist. Sie kann z.B. lauten: "Ist die Frau von einem Haustier gebissen worden?" Diese Feststellung stimmt mit den Ausführungen überein, die das Problem der Entscheidung über den rechtlichen Topos betreffen: Da über einen rechtlichen Gesichtspunkt immer nur im Hinblick auf einen Fall zu befinden ist, werden beide Ebenen durch e i n e Relationsfrage zueinander in Beziehung gesetzt. Aus der eben formulierten Frage ist klar zu ersehen, daß sie einen Rechtsbegriff ("Haustier" i.S.d. § 833 S. 2 BGB) mit einem konkreten tatsächlichen Geschehen verbindet. Eine solche Verfahrensweise ist nur die praktische Konsequenz des methodologischen Postulats, nach dem die Gestaltung des Sachverhalts im Hinblick auf die anzuwendenden Normen erfolgen muß. Insoweit sind Tat- und Rechtsfrage in e i n e r sprachlichen Formulierung vereint.²

Enthält nun der Sachverhalt keine Aussagen über tatsächliche Umstände, die für die Beurteilung des in Frage stehenden Rechtsbegriffs erheblich sind, ist der Jurist zunächst nicht in der Lage, die Relationsfrage zu beantworten. Vielmehr ist es für ihn erforderlich, seine Fragestellung über den Sachverhalt hinaus auf den noch unbekannten Teil des Falles zu

1) Hruschka (1), S. 23 ff;

2) Hruschka (1), S. 23;

erstrecken, wodurch zu erwarten ist, daß die relevanten Fakten evident werden. Das setzt natürlich das Verständnis des jeweiligen Rechtsbegriffs in etwa voraus. Dieser gibt der Frage Sinn und Inhalt. Kennt man seine Bedeutung nicht, ist es auch nicht möglich, die ihm entsprechenden Tatsachen im Einzelfall zu erkennen. Man muß wissen, wonach man fragt. Nur wenn man sich darüber im klaren ist, was der Begriff ungefähr bezeichnet, kann man ihn nutzbringend bei der Suche nach den für ihn erheblichen tatsächlichen Umständen des Falles verwenden. Seiner Auslegung bedarf es jedoch hierfür in der Regel nicht. Um mit Hilfe von Rechtsbegriffen nach bestimmten Fakten fragen zu können, ist es normalerweise nicht erforderlich, alle Unklarheiten und Zweifel zu beseitigen und möglichst eindeutig den Sinn des Begriffs klarzulegen. In den meisten Fällen genügt es, wenn dem Urteiler seine Bedeutung annähernd bekannt ist. Auf eine genauere Kenntnis kommt es in diesem Stadium der Rechtsanwendung deshalb noch nicht an, weil es insoweit zunächst lediglich darum geht, diejenigen tatsächlichen Einzelheiten zu erfragen, die m ö g l i c h e r w e i s e unter den Rechtsbegriff subsumiert werden können. Bei dieser Fragestellung werden noch keine Entscheidungen getroffen. Wenn allerdings der Maßstab für die Fragestellung zu unbestimmt ist und sich nicht aus einzelnen Tatbestandsmerkmalen zusammensetzt¹⁾, kann eine vorherige Konkretisierung angebracht sein, um dadurch erst praktikable Fragen stellen zu können.

Es ist wichtig zu erkennen, daß die Relationsfrage nach mehreren Aspekten zu beurteilen ist. Sie enthält verschiedene Momente, die in methodologischer

1) Beispiel: Die Generalklausel i.S.d. § 242 BGB;

Hinsicht eine gesonderte Betrachtung erfordern. Englisch¹ und Larenz² gliedern den Relationsvorgang in drei Komponenten, nämlich in

- a) die Vorstellung des konkreten Lebensfalles,
- b) die Feststellung, daß dieser Sachverhalt sich tatsächlich zugetragen hat,
- c) die Würdigung des Sachverhalts als eines solchen, der die Merkmale des Gesetzes aufweist - die eigentliche Subsumtion.

Es ist offenkundig, daß das an zweiter Stelle aufgeführte Moment für die hier interessierende Problematik von vornherein außer Betracht bleibt. Ob sich die Umstände, auf die es ankommt, wirklich zugetragen haben - ob z.B. im erwähnten "Hundebiß-Fall" die Frau von dem Hund des Nachbarn tatsächlich gebissen worden ist - ist eine Frage, die das logische Problem der Feststellung von Tatsachen berührt.³ Mit dem Komplex der gegenseitigen Relevanz und der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung hat sie nichts zu tun. Erst wenn der Richter weiß, welche tatsächlichen Umstände für die Rechtsanwendung erheblich sind, wird er daran gehen, sich so weit wie möglich Gewißheit von der Realität dieser Fakten zu verschaffen. In der Praxis geht somit die Bestimmung der Relevanz der einzelnen Tatsachen deren Feststellung zweckmäßigerweise voraus.⁴ Hier soll nur eine Theorie der wechselseitigen Beziehung zwischen einem Sachverhalt und dem materiellen Recht entwickelt werden. Die Feststellung der Realität von Geschehnissen wird dagegen vorwiegend vom Prozeßrecht geregelt, das jedoch seinerseits in

1) Englisch (1), S. 19;

2) S. 233 ff;

3) Siehe dazu Englisch (1), S. 37 ff; Larenz, S.238 ff;

4) Englisch (1), S. 85;

der juristischen Praxis auch die Bildung des Sachverhalts mit beeinflussen kann.¹ Diese prozessualen Aspekte der Sachverhaltsgestaltung bleiben hier unberücksichtigt.

Auch auf die Problematik der "Würdigung des Sachverhalts" ist an dieser Stelle nicht näher einzugehen. Es ist nur darauf aufmerksam zu machen, daß sich die Frage nach den rechtlich bedeutsamen Gegebenheiten des Falles und das Problem ihrer definitiven rechtlichen Beurteilung logisch durchaus trennen lassen², auch wenn beide Momente in e i n e r Relationsfrage sprachlich zusammengefaßt sind. In der Auswahl der erheblichen Fakten allein ist noch nicht die e n d g ü l t i g e und a b s c h l i e ß e n d e Beantwortung der Relationsfrage zu erblicken. Wie das Relevanzproblem der Frage nach der Realität der Fakten vorausgeht, so rangiert es logisch auch vor dem Wertungsproblem: Bevor der Urteiler entscheiden kann, ob der Hund im konkreten Fall als "Haustier" i.S.d. § 833 S. 2 BGB zu qualifizieren ist, muß er sich darüber im klaren sein, welche Fakten für diese Frage von Bedeutung sind. Es ist zwar unverkennbar, daß die Suche nach den erheblichen Umständen des Falles durch die Relationsfrage geleitet wird, die wiederum durch einen Rechtsbegriff inhaltlich ausgestaltet wird. Gleichwohl geht die Erkenntnis der Relevanz der Fakten deren Subsumtion notwendig voraus. Es ist somit daran festzuhalten, daß es sich bei der Frage nach dem Fall

1) Vgl. z.B. den im Zivilprozeß geltenden Beibringungsgrundsatz: Tatsachenmaterial, das die Parteien nicht in den Prozeß eingeführt haben, darf das Gericht in der Regel seiner Entscheidung nicht zugrunde legen, also nicht in den Sachverhalt aufnehmen, auch wenn es darauf nach der materiellen Rechtslage ankommt.

2) Henke, S. 175 f;

als solchem und dem Problem seiner rechtlichen Würdigung um durchaus unterscheidbare Vorgänge handelt.

Danach steht fest, daß in diesem Zusammenhang allein die an erster Stelle angeführte Komponente des Relationsvorgangs in Betracht kommt. Der Einfluß, den die normativen Gesichtspunkte auf die Sachverhaltsbildung nehmen, besteht demnach im wesentlichen darin, die inhaltliche Zusammensetzung der Fallschilderung zu bestimmen.

Die Auffindung der relevanten Fakten erfordert in der Praxis keine eigene, gesonderte Fragestellung. Zwar läßt sie sich logisch von den Akten der Tatsachenfeststellung und der rechtlichen Würdigung trennen. Im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung genügt es aber, die umfassende Relationsfrage zu stellen, um dadurch die erheblichen Tatsachen des konkreten Falles in den Blick zu bekommen. Während es bei den beiden anderen Fragemomenten sinnvoll sein kann, eigens danach zu fragen, ob sich die aufgefundenen Fallumstände auch wirklich zugetragen haben, und ob sie dem Tatbestand der Norm unterfallen, gilt dies nicht in gleichem Maß für das Relevanzproblem.

Das ergibt sich aus folgendem: Wollte man insoweit eine Entscheidungsfrage formulieren, müßte sie lauten: "Enthält der Fall Fakten, die im Hinblick auf den fraglichen Rechtsbegriff relevant sind?" Dabei ist es offensichtlich, daß eine solchermaßen formulierte Frage zur Lösung des hier interessierenden Problems nichts beitragen kann. Für den Rechtsanwender geht es in erster Linie darum, die für die Anwendbarkeit eines Rechtsbegriffs erforderlichen Tatsachen des Falles aufzufinden. Dabei ist ihm nicht mit der Frage geholfen, ob der Fall relevante Fakten enthält.

Ihn interessiert vor allem, w e l c h e Umstände für die Problemlösung in Betracht zu ziehen sind. Die bloße Beantwortung einer solchen Entscheidungsfrage bringt ihn deshalb in seinem Erkenntnisprozeß nicht weiter. Für ihn wäre es nutzlos, die Relationsfrage in eine andere, daraus abgeleitete Entscheidungsfrage umzuformen. Zunächst muß es ihm darum gehen, einzelne konkrete Bezugspunkte für seine Fragen zu finden. Entscheidungsfragen, auf die jeweils nur eine bejahende oder verneinende Antwort denkbar ist, können diese Bezugspunkte unmittelbar aber nicht zum Vorschein bringen.

Es ließe sich noch daran denken, daß der Rechtsanwender besondere Bestimmungsfragen formuliert, um durch sie die für die jeweiligen normativen Voraussetzungen relevanten Fakten aufzufinden. Aber auch sie sind in diesem Zusammenhang überflüssig und methodisch nicht erforderlich. Denn durch die Formulierung der Relationsfrage, in der ein Rechtsbegriff enthalten ist, steht eo ipso immer auch schon der Kreis der einzelnen erheblichen Tatsachen fest. Sie bringt es mit sich, daß diese bestimmten Fakten eines Falles in den "Lichtkegel der Relevanz"¹ geraten. So wird z.B. der Urteiler durch den Rechtsbegriff "Haustier" i.S.d. § 833 S. 2 BGB, der den einen Bestandteil der Relationsfrage bildet, dazu veranlaßt, den Fall darauf zu überprüfen, ob die

1) Hruschka (1), S. 20;

Frau von einem Tier gebissen wurde, auf das der Begriff "Haustier" zutreffen könnte. Dabei richtet er seine Aufmerksamkeit ausschließlich auf diejenigen Fakten, die hinsichtlich dieses Rechtsbegriffs von Bedeutung sind. Auf Grund seiner Rechtskenntnis weiß er, daß es insoweit in der Hauptsache auf die Funktion des Tieres ankommt. Das befähigt ihn dann, die Frau zu befragen, zu welchem Zweck der Nachbar den Hund hält. Die Aussage der Frau zu diesem Punkt betrifft dann eine relevante Tatsache für den Begriff "Haustier".

Der Rechtsbegriff gibt somit die Perspektive ab, unter der der Fall betrachtet und untersucht wird. Er stellt den Maßstab für die Relevanz der Fakten dar. Die von ihm ausgehende Befragung des Falles bewirkt beim Rechtsanwender eine Verengung des Blickwinkels, die ihrerseits die erkenntnistheoretische Voraussetzung dafür bildet, daß auch diejenigen rechtlich relevanten Einzelheiten und Besonderheiten des Falles von ihm aufgefunden werden können, die die erwähnte "Randzone" des Geschehens ausmachen. Es findet somit eine gewisse Spezialbetrachtung statt, die naturgemäß auch mit einer erhöhten "Sehschärfe" verbunden ist. Der Rechtsanwender richtet seine Erkenntnisbestrebungen nun nicht mehr undifferenziert auf den gesamten Fall, sondern konzentriert sie jeweils auf denjenigen Sektor des Tatsachenbereichs, der durch den Rechtsbegriff erfaßt wird. Die Erkenntnis beruht darauf, daß der Urteiler mit dem Begriff, sofern er ihn auch nur einigermaßen verstanden hat, bestimmte Vorstellungen verbindet. Die Kombination von Begriff, Verstehen und Gegenstand befähigt ihn, am konkreten Rechtsfall diejenigen Umstände zu bemerken, die für den jeweiligen Rechtsbegriff erheblich sind.

Demnach steht also fest, daß weder besondere Entscheidungs- noch Bestimmungsfragen erforderlich sind, um die einzelnen rechtserheblichen Fakten des Falles auffinden zu können. Die Relationsfrage ist als solche grundsätzlich hinreichend bestimmt, so daß durch sie unmittelbar und ohne Zwischenschaltung weiterer Denkakte die entsprechenden Umstände des konkreten Falles sichtbar werden. Daß keine besondere Fragestellung notwendig ist, wird deutlich, wenn man den Blick auf die juristische Praxis richtet. So kann es vorkommen, daß ein Zeuge den Sinn der vom Richter gestellten Frage nicht versteht, weil er den Bedeutungsgehalt des in der Frage enthaltenen Rechtsbegriffs nicht zu erkennen vermag. Wenn beispielsweise die vom Hund gebissene Frau gefragt wird, ob der Nachbar der Halter des Hundes ist, weiß sie darauf möglicherweise keine Antwort, weil sie die Bedeutung des Begriffes "Tierhalter" nicht genau kennt. Dagegen ist der Richter dank seiner Rechtskenntnis ohne weiteres in der Lage, die Frau nach den entsprechenden relevanten Fakten zu fragen, also z.B. danach, ob der Hund dem Nachbarn "gehört" oder ob er ihm etwa erst vor kurzem zugelaufen ist usw. Es ist offensichtlich, daß diese bereits auf den Einzelfall abgestellten Fragen aus der Relationsfrage abgeleitet sind und sich lediglich in der sprachlichen Formulierung von ihr unterscheiden. Diese Ableitung und Konkretisierung der Frage auf bestimmte Tatsachen ist immer dann ohne weiteres vollziehbar, wenn das vom Rechtsbegriff Gemeinte und Bezeichnete wenigstens in etwa klar ist. Daraus ist zu ersehen, daß eine dezierte Rechtskenntnis die unabdingbare Voraussetzung dafür bildet, keine erheblichen Fakten eines Falles zu übersehen. Nur sie gibt dem Urteiler letztlich die Möglichkeit, unmittelbar nach bestimmten Tatsachen fragen zu können.

II T o p i k

Die relevanten Fakten eines Falles können also dadurch aufgefunden werden, daß der Rechtsanwender durch die in den Blick geratenen Rechtsbegriffe in die Lage versetzt wird, nach denjenigen tatsächlichen Umständen zu fragen, die für die Anwendbarkeit des Rechtsbegriffs und damit der Norm von Bedeutung sind. Im Grunde handelt es sich dabei immer um eine Relationsfrage. Auch wenn Richter oder Rechtsanwalt oft die Verwendung von Rechtsbegriffen vermeiden und ihre Fragen sprachlich "volkstümlicher" formulieren, um von juristischen Laien überhaupt verstanden zu werden, ändert das nichts an der Tatsache, daß es sich dabei nur um Fragen handelt, die aus der Relationsfrage abgeleitet sind. Selbstverständlich behalten diese den Charakter von Entscheidungsfragen. Auf die Frage des Richters, ob der bissige Hund dem Nachbarn "gehört", ist nur eine bejahende oder verneinende Antwort denkbar. Außerdem wurde deutlich, daß sich die vom Urteiler zu formulierenden Fragen auf bestimmte Tatsachen beziehen. Es kann somit festgestellt werden, daß ihr Horizont relativ eng begrenzt ist.

Auch nach der Auffassung Hruschkas¹ sind präzise Fragen für die Sachverhaltsbildung erforderlich. Auf die Bedenken, die dagegen bestehen, daß der leitende Maßstab für diese Fragen die Rechtsidee sein soll, wurde schon hingewiesen. Hier soll jedoch auf das Problem eingegangen werden, ob sich die Gestaltung des Sachverhalts ebenso wie die Auswahl der relevanten Normen vornehmlich nach einer topischen Denkweise vollzieht.

1) Hruschka (1), S. 21, 24;

Hruschka¹ läßt diesen Gedanken anklingen, hegt jedoch Zweifel, wobei er auf die Fülle stets neuer rechtlich relevanter Besonderungen an den einzelnen Fällen hinweist, die der Bildung eines Topoikatalogs von Gesichtspunkten für die Bildung von Sachverhalten entgegenstünden.

Die Erwähnung der Topik an dieser Stelle könnte schon aus dem Grund auf Skepsis stoßen, weil hier scheinbar eine Problematik inmitte liegt, die vornehmlich den Tatsachenbereich betrifft. Aussagen über Tatsachen als solche können aber nicht Gegenstand von Problemdiskussionen sein, da sie verifizierbar sind. Eine solche Argumentation ginge jedoch am Kern der Dinge vorbei. In diesem Zusammenhang kommt es nämlich gerade nicht auf die T a t s a c h e n f e s t - s t e l l u n g, sondern auf das E r k e n n e n d e r R e l e v a n z bestimmter Tatsachen an. Insoweit handelt es sich um einen Fragenkomplex, der sich nicht auf den tatsächlichen Bereich beschränkt, sondern sich darüber hinaus auch auf die rechtliche Ebene erstreckt, so daß es an sich durchaus legitim erscheint, in diesem Zusammenhang die topische Denkweise zur Diskussion zu stellen.

Von Hruschkas Standpunkt aus erscheint jedoch die Erwähnung der Topik an dieser Stelle inkonsequent, läßt sie sich doch kaum mit seinen sonstigen Ausführungen in Einklang bringen. Nach seiner grundsätzlichen Auffassung soll der Rechtsanwender in der Lage sein, im Hinblick auf die Rechtsidee alle rechtlich bedeutsamen Merkmale eines Falles zu erkennen. Wenn dem so wäre: Wozu sollte dann ein im vorhinein entworfener Topoikatalog dienlich sein? Topoi sind lediglich dann erforderlich, wenn eine unmittelbare Erkenntnis aus bestimmten Gründen nicht möglich ist. Wenn man sich

1) Hruschka (1), S. 56;

dagegen darauf festgelegt hat, daß ein Hinsehen auf die Rechtsidee zur Formulierung präziser Fragen nach bestimmten Fakten befähigt, ist kein Raum und besteht auch kein Bedürfnis mehr für topisches Denken. Dies hat nur dort seine Berechtigung, wo auf eine Frage nicht sofort eine Antwort gefunden werden kann, weil sie zu umfassend ist und keine geeigneten Gesichtspunkte zur Verfügung stehen. Wenn man jedoch der Meinung ist, einen Maßstab zur Verfügung zu haben, der in jeder Situation zu präzisen Fragen befähigt, erübrigt sich jede Suche nach entsprechenden Topoi bzw. nach einem ganzen Topoikatalog. Offensichtlich hat jedoch Hruschka selbst das Gefühl, daß die Rechtsidee als solche für die juristische Praxis nicht von allzu großer Bedeutung ist. Nur dadurch läßt es sich erklären, daß er die Topik überhaupt in seine Überlegungen einbezogen hat.

Schließlich ist die Diskrepanz nicht zu übersehen, die zwischen einem so allgemeinen Wertmaßstab wie der Rechtsidee und dem konkreten Faktum besteht. Hruschkas Skepsis, wonach es nicht möglich sei, die Fülle rechtlich relevanter Besonderungen an den einzelnen Fällen in einem Topoikatalog einzufangen, erscheint nur zum Teil gerechtfertigt. Es ist zwar heute weitgehend anerkannt, daß nicht erwartet werden kann, die g e s a m t e Fülle des tatsächlichen Geschehens ließe sich normativ und begrifflich erfassen.¹ Diese Erkenntnis darf jedoch nicht zu dem Schluß verleiten, daß es für den Rechtsanwender überhaupt keine systematisch geordneten Anhaltspunkte für die Gestaltung von rechtlich relevanten Sachverhalten gäbe. Hruschka übersieht insoweit die Funktion der positiven Rechtsordnung. Sie ist zwar letztlich fragmentarisch,

1) Larenz, S. 215;

was jedoch ihre überragende Bedeutung für die Gestaltung von Sachverhalten in keiner Weise schmälert, da sie in der großen Mehrzahl der Fälle als normativer Wertmaßstab durchaus genügt. Die Normen sind nichts anderes als die typisierte und systematisierte Abstraktion der "rechtlich relevanten Besonderungen an den einzelnen Fällen". Dies wurde von Hruschka an anderer Stelle¹ auch erkannt.

Nach der hier vertretenen Meinung beruht die Auswahl der relevanten Fakten m i t t e l - b a r auf einer topischen Denkstruktur. Zwar wird der juristische Sachverhalt unmittelbar durch die Beantwortung von bestimmten Fragen gebildet. Diese Fragen können jedoch erst dann gestellt werden, wenn die relevanten Normen in das geistige Blickfeld des Urteilers getreten sind. Die Suche nach ihnen vollzieht sich, wie geschildert, auf topische Weise. Nur insoweit bildet die Topik auch einen maßgeblichen Faktor für die Auswahl der rechtlich relevanten Fakten.

In diesem Sinn scheint auch Viehweg die Problematik zu sehen, wenn er die Rechtsanwendung als ein Betätigungsfeld für die Topik ansieht.² Zwar spricht er zunächst von der "Interpretation des schlichten Sachverhalts, der der rechtlichen Behandlung in irgendeinem Fall bedürftig erscheint." Viehweg erkennt jedoch die Bedeutung des positiven Rechts für die Gestaltung des Sachverhalts, wenn er ausführt, daß dessen vorläufige Interpretation im tastenden Vorausblick auf das Rechtssystem erfolge. Auch er

1) Hruschka (1), S. 51;

2) S. 62 f;

versteht die Rechtsanwendung als wechselseitige Annäherung zwischen dem Sachverhalt und der Rechtsordnung. Topisches Denken ist erforderlich, um die für den Fall relevanten Normen aufzufinden. Ist diese Arbeit geleistet, bedarf es nur noch einer vergleichenden Schau zwischen dem einzelnen Tatbestandsmerkmal und dem Sachverhalt bzw. Fall. Das Mittel hierfür ist die bestimmte Frage. Viehweg drückt das so aus¹: "Von einem vorläufigen Verständnis des Rechtszusammenhanges herkommend bildet sich das Verständnis des Sachverhaltes ...". Die Auswahl der relevanten Fakten eines Falles beruht also nur insofern auf einem topischen Denkstil, als sich die Suche nach den relevanten Rechtsätzen auf topische Weise vollzieht, die ihrerseits fortwährend zu dem Fall in Beziehung gesetzt werden und dadurch die Sachverhaltsbildung beeinflussen.

1) S. 63;

III Die Auswirkungen der rechtlichen Beeinflussung

Bisher wurde dargelegt, in welchen Formen sich die Erkenntnisbestrebungen des Rechtsanwenders anläßlich einer Relationsfrage dem Fall zuwenden. Im folgenden ist auf die Konsequenzen einzugehen, die sich im Verlauf des Rechtsanwendungsaktes durch die normative Beeinflussung für die Gestaltung des Sachverhalts ergeben können.

In erster Linie sind dabei die quantitativen Veränderungen zu erwähnen, denen der Sachverhalt durch den fortlaufenden Vergleich mit der Rechtsordnung ausgesetzt ist. Aus der Tatsache, daß alle aufgefundenen rechtlichen Gesichtspunkte nacheinander - mehr oder weniger bewußt - mittels Relationsfragen zu dem Fall in Beziehung gesetzt werden, ergibt sich die Folge, daß die inhaltliche Zusammensetzung des Sachverhalts im Verlauf einer rechtlichen Beurteilung kaum jemals gleich bleibt, sondern regelmäßig gewisse Modifizierungen erfährt. Dies kann einmal in der Weise geschehen, daß die Fallschilderung um bedeutsame Fakten zu ergänzen ist. Ein solches Erfordernis besteht für den Juristen immer dann, wenn der Sachverhalt nicht von vornherein alle tatsächlichen Einzelheiten enthält, auf die es bei der Rechtsfindung ankommt. Durch die Topoi und insbesondere durch die in den Blick gekommenen einzelnen Rechtssätze wird der Urteiler in die Lage versetzt, nach den entsprechenden Tatsachen zu fragen. Weist der Fall relevante Umstände auf, werden sie sprachlich erfaßt und in die Fallschilderung aufgenommen.

Im Gegensatz zu Hruschkas Auffassung¹ findet eine durch das positive Recht veranlaßte Ergänzung des Sachverhalts um wesentliche Tatsachen nicht nur in den Fällen statt, in denen die Rechtsidee über einen möglichen Regelungsinhalt nichts aussagt. In Wahrheit besteht das Kriterium für die Erkennbarkeit der Relevanz von Tatsachen nicht in der verhältnismäßig einfachen Frage, ob der Inhalt einer bestimmten Regelung, die auf den Fall zur Anwendung kommt, von der Rechtsidee erfaßt wird oder nicht. Die Erkennbarkeit richtet sich vielmehr danach, ob die fragliche Tatsache in den "Kern" oder in die "Randzone" des Vorgangs fällt, und in welchem Maße das Rechtsgefühl bzw. die Rechtskenntnis bei demjenigen ausgebildet sind, der dem Urteiler den Fall zur rechtlichen Würdigung unterbreitet. Auch in Fällen, die einen unmittelbaren Bezug zur Rechtsidee haben, verstärkt sich für den Juristen die Aufgabe, den Sachverhalt um relevante Fakten zu ergänzen, in dem Maß, in dem die fraglichen Tatsachen mehr der bewußten "Randzone" des Geschehens angehören, und je weniger im konkreten Fall das Rechtsgefühl des berichtenden Laien dem geltenden Recht entsprach.

Andererseits kann die Einbeziehung des positiven Rechts in den Frageablauf des Rechtsanwenders auch eine Verringerung der in einem vorläufigen Sachverhalt enthaltenen Fakten herbeiführen. Dieser Fall tritt immer ein, wenn sich nach der Auswahl der relevanten Rechtssätze herausstellt, daß diese auf gewisse Tatsachen nicht abstellen, von deren rechtlicher Relevanz derjenige ausgegangen ist, der den Fall zum ersten Mal sprachlich

1) Hruschka (1), S. 54 f;

zum Ausdruck gebracht hat. Insofern korrigiert der Jurist auf Grund seiner Rechtskenntnis Urteile über die rechtliche Erheblichkeit von Fakten, die nur auf summarischen und laienhaften Rechtsvorstellungen beruhen. So ist es in dem von Larenz¹ angeführten "Hundebiß-Fall" für den Rechtskundigen sofort evident, daß es für die Frage der Anwendbarkeit des § 833 BGB nicht darauf ankommt, ob der Hund der Frau leid getan hat. Für diese Rechtsnorm wie für § 254 BGB ist es ohne Bedeutung, aus welcher Motivation heraus die Frau dem Hund den Knochen hingehalten hat. Enthält eine Fallschilderung Tatsachenangaben, die sich im Laufe des Rechtsanwendungsaktes letztlich als rechtlich unerheblich erweisen, weil das geltende Recht auf sie nicht abstellt, wird sie der Rechtsanwender aus seinem Sachverhalt eliminieren. Eine solche endgültige Auslese wird er jedoch erst treffen, wenn feststeht, daß die betreffenden Tatsachen für keinen der in die engere Wahl gezogenen Rechtssätze relevant sind.

Das Problem, welche Fakten in den Sachverhalt aufzunehmen oder aus ihm zu entfernen sind, beurteilt sich für den Juristen nach der positiven Rechtsordnung. Sie bildet den einzig zuverlässigen Maßstab dafür, einen Rechtsfall vollständig in einem Sachverhalt erfassen zu können. Demgemäß bestimmt sie letztlich auch die Auswahl der relevanten Fakten aus der Totalität eines Wirklichkeitsausschnitts. Für die rechtliche Beurteilung eines realen Vorgangs sind ja nie alle faktischen Begebenheiten

1) S. 235;

von Bedeutung. Vielmehr interessieren den Juristen immer nur jene Ausschnitte, die von der Rechtsordnung erfaßt werden. Deshalb erscheint es eigentlich nur selbstverständlich, daß man in der Praxis der Rechtsanwendung das positive Recht bereits beizeiten zur Sichtung und Auslese des Tatsachenmaterials heranzieht. Davon scheint auch Scheuerle¹ auszugehen; wenn er ausführt: "Sofern die Rechtsbegriffe andererseits nur auf Fakten ansprechen, welche eine Abstraktion erhoffen lassen, haben sie die Fähigkeit der Auswahl der relevanten Fakten." Die Transformation eines Falles in einen juristischen Sachverhalt bestimmt sich somit ganz nach den einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkten.

Ist im Zusammenhang mit der Befragung der Rechtsordnung die Relevanz bestimmter Fakten erkannt, so bedeutet dies für den Rechtsanwendungsprozeß einen erheblichen Fortschritt. Durch "Lichtkegel der Relevanz", deren Strahlungsbereich und Transparenz vom Konkretisierungsgrad des jeweiligen rechtlichen Topos abhängen, wird es dem Urteiler ermöglicht, jene tatsächlichen Umstände auszuwählen, die für die rechtliche Entscheidung des Falles von Belang sind. Auf dem Weg zur Problemlösung stellt es einen wichtigen Schritt dar, wenn man sich über das zu beurteilende Tatsachenmaterial weitgehend im klaren ist. Damit ist gleichsam eine Zwischenstufe im Rechtsanwendungsakt erreicht: In Gestalt der Topoi und eines Sachverhalts, der ganz auf sie zugeschnitten ist, stehen die Grundlagen zur Verfügung, von denen bei der Entscheidungsfindung

1) Scheuerle (1), S. 207;

auszugehen ist.

Von einem solchen Fortschritt kann auch dann gesprochen werden, wenn der aufgefundene rechtliche Gesichtspunkt tatsächliche Umstände für relevant erklärt, die bereits in einer ursprünglichen, laienhaft konzipierten Fallschilderung enthalten waren. Er besteht darin, daß sich die rechtliche Erheblichkeit eines Faktums nun nicht mehr allein nach einem irrationalen, subjektiven Wertempfinden, sondern nach einem rational erfassbaren, objektiv gültigen Rechtstopos bemißt. Da vom Juristen erwartet wird, daß er seine Entscheidung anhand des positiven Rechts begründet, bedeutet es für ihn bereits einen gewissen Erkenntniszuwachs, wenn er seinen weiteren Überlegungen einen Sachverhalt zugrunde legen kann, dessen inhaltliche Zusammensetzung schon vom anzuwendenden positiven Recht beeinflußt wurde.

§ 5 Die Wechselbeziehung im Auslegungsstadium

I Die Problematik der praktischen Interpretation

Oft genügt die Gegenüberstellung von Sachverhalt und Norm nicht, um ohne weiteres über deren Beziehung urteilen zu können. Die Wechselbeziehung endet nicht in jedem Fall damit, daß eine oder mehrere relevante Normen für die abschließende Entscheidung zur Verfügung stehen. Auch dann können nämlich noch Zweifel darüber bestehen, ob der in das Blickfeld gerückte Rechtssatz auf den Sachverhalt, soweit dieser konstituiert ist, anwendbar ist. In dieser Situation befindet sich der Rechtsanwender, wenn er den Sinn der Norm nicht versteht, wenn er also nicht weiß, was durch das sprachliche Gefüge von Begriffen und Sätzen im einzelnen ausgedrückt ist. Dabei handelt es sich entweder um eine totale oder partielle Unkenntnis: Jene wirkt sich dadurch aus, daß dem Urteiler die Bedeutung eines Begriffes oder eines ganzen Rechtssatzes vollkommen verschlossen bleibt. Sie dürfte in der juristischen Praxis kaum jemals vorkommen. Wenn man vom Inhalt eines Begriffes keinerlei Vorstellungen hat, ist man auch nicht in der Lage, den Fall darauf zu überprüfen, ob er entsprechende Fakten enthält. Noch am ehesten ist ein solcher Fall beim juristisch nicht vorgebildeten Laien denkbar, wenn dieser z.B. mit einer "Auflassung" oder "Vormerkung" nichts anzufangen weiß.

Derartige Extremfälle spielen jedoch in der vom Juristen betriebenen Normanwendung so gut wie keine Rolle, weil dieser auf Grund seiner Ausbildung und Berufserfahrung in der Regel die Fähigkeit besitzt, zumindest in einem gewissen Umfang den Bedeutungsge-

halt eines Rechtssatzes bestimmen zu können. Bei ihm kommt es hingegen nicht selten vor, daß er sich nicht imstande sieht, ein Relationsurteil speziell über die Beziehung eines vorliegenden konkreten Sachverhalts zu einer Norm abzugeben. Dabei handelt es sich also um einen Wissensmangel, der auf einen bestimmten Teilbereich der normativen Regelung beschränkt ist. Die ungefähre Kenntnis reicht jedoch aus, um den Blick suchend auf den Fall zu richten und ihn nach relevanten Fakten zu befragen. Die eigentliche Schwierigkeit besteht für das Entscheidungsorgan dann darin, nicht auf Anhieb "subsumieren" zu können, weil, obschon die Bedeutung des Rechtssatzes in groben Umrissen bekannt ist, nicht sofort ein Urteil darüber möglich erscheint, ob speziell der zur Lösung anstehende Fall in den Anwendungsbereich der aufgefundenen Norm einzubeziehen ist. Nur diese typische Entscheidungssituation der juristischen Praxis soll im folgenden näher behandelt werden.

Eine solche "Stockung" im Erkenntnisprozeß tritt ein, wenn entweder der Sinn eines ganzen Rechtssatzes (z.B. § 242 BGB) im Hinblick auf einen Sachverhalt nicht evident ist, oder ein einzelner "unbestimmter Rechtsbegriff" in Frage steht, dessen Bedeutung nicht exakt bestimmt werden kann. Im Anschluß an Philipp Heck¹ differenziert man heute zwischen einem "Begriffskern", über dessen Anwendungsbereich Gewißheit besteht, und einem "Begriffshof", dessen Umfang nicht eindeutig festgelegt ist, und der folglich immer wieder zu Zweifeln Anlaß gibt.² Fällt nun das in der konkreten Sachlage enthaltene

1) S. 46, 173;

2) Vgl. hierzu auch Engisch (2), S. 108 ff; Larenz, S. 268 ff. mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

Problem in jene dem Rechtsanwender nicht völlig vertraute Randzone des Begriffes, ist es dem Urteiler nicht ohne weiteres möglich, eine Entscheidung über die Anwendbarkeit der Norm zu treffen. Dann hat er im Wege der Auslegung auf die Beseitigung seiner Zweifel über die Relation zwischen Sachverhalt und Rechtssatz hinzuwirken. Die Interpretation ist darauf gerichtet, den Normsinn zu verdeutlichen und klarzulegen¹, um dadurch die eigentliche Subsumtion vorzubereiten und zu erleichtern. Neben dem Auffinden der relevanten Rechtssätze stellt sie die zweite spezifische Aufgabe des Rechtsanwenders dar. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, auch auf dieses Stadium der Entscheidungsfindung näher einzugehen.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung besteht keine Veranlassung, zwischen der Interpretation im engeren Sinn und der sog. Rechtsfortbildung zu differenzieren. Dieser Unterscheidung liegt die materiale Problematik zugrunde, ob sich der Jurist bei der Rechtsanwendung auf die Erkenntnis des im Gesetz Ausgedrückten beschränkt, oder ob er gegebenenfalls das positive Recht durch eigene Wertungen ergänzt und fortentwickelt. Für eine Charakterisierung der Denkstruktur des Rechtsfindungsverfahrens, um die es hier in erster Linie geht, ist dieser Fragenkomplex bedeutungslos. Die methodische Ausgangssituation ist in beiden Fällen gleich:² Für den Rechtsanwender geht es darum, durch eine vergleichende Schau zwischen Sachverhalt und Norm die persönlichen Zweifel über deren Vereinbarkeit zu beseitigen, sei es mit positivem oder negativem Ergebnis. Hinsichtlich des zu beobachtenden Denkstils ist es weitgehend unerheblich, welcher Art die Lösungsgesichtspunkte

1) Larenz, S. 292; Sax, S. 45;

2) Vgl. Zippelius (1), S. 2231; Larenz, S. 341 ff;

sind. Zudem sind in der Rechtspraxis die Übergänge zwischen kognitiver Interpretation und darüber hinausgehender Rechtsfortbildung ohnehin fließend.

Dagegen ist es nutzbringend festzustellen, daß in diesem Zusammenhang allein die Problematik der sog. praktischen Auslegung interessiert, der die theoretische Interpretation gegenübersteht. Auf diese Unterscheidung, die gerade unter erkenntnistheoretischem Aspekt bedeutungsvoll ist, wird zu Recht aufmerksam gemacht.¹

Die beiden Interpretationsmodalitäten unterscheiden sich vorwiegend in ihrer Zielsetzung: Der Rechtspraktiker hat einen konkreten Fall zu entscheiden. Infolgedessen wird er sich aus "denkökonomischen" Gründen auf die Prüfung beschränken, ob der ihm vorliegende bestimmte Fall vom Anwendungsbereich der jeweiligen Norm erfaßt wird. Das hat eine gewisse Spezialbetrachtung des Rechtssatzes unter dem Aspekt des Sachverhalts zur Folge: "Der Praktiker, der für seine rechtlichen Erwägungen vom konkreten zu entscheidenden Fall ausgeht, steuert daher dieses Wechselspiel von den konkreten Tatsachen seines Falles her, greift also auf die Rechtssatz- (Auslegungs-) Zone nur insoweit über, als es der konkrete Fall erfordert".² Dieses Verfahren erfordert somit gleichsam eine nur partielle Applikation, während es für den Urteiler nicht darauf ankommt, seine Erkenntnisbestrebungen dem gesamten Regelungsinhalt der betreffenden Norm zuzuwenden. Damit entspricht er dem Postulat einer möglichst rationellen Denkweise, das sowohl die praktische Auslegung als auch die richterliche Rechtsfortbildung kennzeichnet.³

-
- 1) Heck, S. 93 f; Sax, S. 50 f; Scheuerle (2), S. 53 bezeichnet die konkrete Rechtsgewinnung mit "Interpretation ad hoc".
 - 2) Sax, S. 50; vgl. auch Bierling, S. 204;
 - 3) Siehe Heller, S. 128 f. zur Analogienbildung;

Das Ziel der praktischen Interpretation besteht also darin, Unklarheiten über die Anwendbarkeit einer Norm hinsichtlich eines einzelnen Rechtssfalles zu beseitigen.

Im Gegensatz hierzu versucht der Theoretiker, den Sinn und das Aussagevolumen eines Rechtssatzes möglichst umfassend und erschöpfend zu erhellen, ohne daß sein Forschungsinteresse durch einen konkreten Fall in eine bestimmte Richtung gelenkt würde.¹ Das schließt nicht aus, daß er dabei zur Verdeutlichung Fälle und Fallgruppen bildet, die auf Grund ihrer fortgeschrittenen Konkretisierung leichter erkennen lassen, worauf sich die auszuliegende Norm bezieht.² Solange jedoch die Intention des Interpretieren auf eine umfassende Ausschöpfung des Normsinnes geht, und er nicht lediglich bestrebt ist, auf ein Relationsurteil über die Beziehung zwischen einem bestimmten Sachverhalt und einem Rechtssatz hinzuwirken, handelt es sich um eine theoretische Auslegung im Sinn der angeführten Unterscheidung.

-
- 1) Da es in der vorliegenden Untersuchung vornehmlich um Probleme der praktischen Rechtsfindung geht, besteht keine Veranlassung, auf grundsätzliche Kontroversen über das Wesen des Verstehens- und Auslegungsvorgangs einzugehen. Insbesondere braucht nicht die Frage beantwortet zu werden, ob Verstehen schlechthin möglich ist, oder ob es immer einen bestimmten Bezugspunkt benötigt, um sich auf ihn hin auszurichten (vgl. insoweit Heidegger, S. 150; Gadamer, S. 250 ff; Betti(1), S. 20). Für die juristische Hermeneutik wird in der modernen Literatur zunehmend die Ansicht vertreten, daß Normauslegung überhaupt nur im Hinblick auf (gedachte oder reale) Fälle denkbar sei (so z.B. Kriele, S. 160, 212, 235 f für die Verfassungsinterpretation; Hassemer, S. 120 für die strafrechtliche Hermeneutik; Hruschka (2), S. 495 ff).
 - 2) Die Terminologie hierfür ist uneinheitlich: Engisch (1), S. 17, 26 ff spricht von "Subordination"; Scheuerle (1), S. 170ff und (2), S. 52: "Exemplifikative Interpretation"; Larenz, S. 266 Fußn. 1: "Konkretisierung".

Diese Verschiedenheit des Erkenntnisziels manifestiert sich in einer differenzierten Verwendung des Erkenntnismittels. Es ist anerkannt, daß sich auch bei der Auslegung von Texten der Erkenntnisprozeß in Form einer Fragebewegung vollzieht.¹

Eine Interpretation wird, wie ausgeführt, immer dann erforderlich, wenn der Aussagegehalt eines Textes nicht deutlich genug zum Vorschein kommt. Dies wirkt sich im Bewußtsein des Erkenntnissubjekts als Wissensmangel aus, den es mittels Fragen zu überwinden trachtet. Den Fragen kommt die Funktion zu, bereits vorhandene Einsichten für die Lösung eines Problems zu aktualisieren.

Die praktische Auslegung basiert auf der relativ bestimmten Frage, ob die jeweilige relevante Norm auf den konkreten Einzelfall anzuwenden ist oder nicht. Es handelt sich also im Ausgangspunkt der Untersuchung um eine Relationsfrage, die den Charakter einer Entscheidungsfrage hat.²

Im Gegensatz hierzu verwendet der Theoretiker für seine Überlegungen von Anfang an Bestimmungsfragen. Ihm stellt sich zunächst die Aufgabe, einen Überblick über den Problemumfang zu gewinnen und Ansatzpunkte zu finden, die für den Auslegungsprozeß als Orientierungshilfen fungieren. Er betrachtet eine Norm nicht unter jenem eng begrenzten Aspekt,

-
- 1) Gadamer, S. 351ff; speziell für die juristische Interpretation: Hruschka (2), S. 493ff;
 - 2) In diesem Zusammenhang ist nur auf die Verschiedenheit der Fragestellung zu Beginn des Auslegungsverfahrens abzustellen. Es wird sich zeigen, daß auch der Rechtspraktiker im weiteren Verlauf seines Erkenntnisprozesses darauf angewiesen ist, im Rahmen der Relationsfrage Bestimmungsfragen zu formulieren, die jedoch infolge der vom Fall veranlaßten Beschränkung des Auslegungsproblems besonderen Bedingungen unterliegen.

der dem Praktiker durch den jeweiligen Fall und dessen rechtliche Problematik vorgegeben ist, sondern ist vielmehr darum bemüht, den Anwendungsbereich eines Rechtssatzes möglichst erschöpfend klarzulegen. Ihm stellt sich zunächst keine Relationsfrage, sondern eine umfassende Bestimmungsfrage etwa von der Art: "Wie ist dieser Rechtssatz aufzufassen?" "Welche Möglichkeiten der Sinndeutung kommen in Betracht?" Hieraus ergibt sich, daß der Rechtspraktiker dem Theoretiker im Ausgangspunkt des Erkenntnisprozesses quasi bereits um einen wichtigen Schritt voraus ist: Hat er nämlich für seinen Fall eine brauchbar erscheinende Rechtsnorm gefunden, ist ihm damit immer auch schon eine Entscheidungsfrage gestellt, während der Theoretiker nur über den "Umweg" in Gestalt von Bestimmungsfragen Interpretationsmöglichkeiten auffinden kann, die dann im einzelnen überprüfbar sind. Aus diesen Gründen kann Heck insofern nicht zugestimmt werden, als er einen prinzipiellen Unterschied zwischen theoretischer und praktischer Auslegung verneint.¹ Bezüglich des methodischen Ansatzes und der Art und Weise der Konstituierung der relevanten Entscheidungsgrundlagen sind vielmehr zwischen Theorie und Praxis erhebliche Abweichungen festzustellen. Das wird sich auch noch im weiteren Verlauf der Untersuchung in verstärktem Maße zeigen.

Nach allem dürfte es nicht mehr zweifelhaft sein, daß sich die hier vorgenommene Differenzierung zwischen theoretischer und praktischer Interpretation nicht an den unterschiedlichen juristischen Berufen orientiert, sondern vielmehr von der jeweiligen Funktion des Rechtsanwendungsorgans im

1) S. 93 f;

Einzelfall abhängt.¹ Es kommt demnach darauf an, worauf die Erkenntnisbestrebungen des Organs gerichtet sind. So geschieht es vorwiegend in der höchststrichterlichen Rechtsprechung nicht selten, daß die Entscheidung eines Rechtsfalles dazu benutzt wird, gegebenenfalls in Form von obiter dicta den gesamten Anwendungsbereich einer Norm dogmatisch zu erfassen. Andererseits interpretiert ein Gelehrter, der zu einer speziellen Rechtsfrage ein Gutachten erstellt, in diesem Sinne "praktisch".

Im Fortgang der Untersuchung wird zu zeigen sein, wie sich die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung auch im Stadium der Auslegung fortsetzt. Angesichts des relativ weit gespannten Themas erscheint es ratsam, den Untersuchungsgegenstand von anderen Problemkreisen abzugrenzen. Auch hier sollen wiederum Relevanzfragen im Vordergrund stehen, während Wertungs- und Entscheidungsprobleme außer Betracht bleiben. Engisch, von dem die Formulierung im Sinn der "Wechselwirkung zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt"², wollte damit allein auf das logische Problem der Relevanz zwischen Sachverhalt und Normenordnung aufmerksam machen.

Das geht aus dem folgenden Zitat eindeutig hervor: "Einerseits werden nur diejenigen Momente in den Obersatz einbezogen, für die der konkrete Lebensfall die Heranziehung anregt, andererseits soll ja der konkrete Lebensfall erst anhand der juristischen Obersätze beurteilt, innerhalb seiner das Wesentliche vom Unwesentlichen geschieden werden ... Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat".³

1) Vgl. Kriele, S. 22 f;

2) Engisch (1), S. 15;

3) Engisch (1), S. 14 f;

Es ist deshalb verfehlt, wenn Hassemer¹ annimmt, daß Engisch hiermit zur hermeneutischen Problematik habe Stellung nehmen wollen. Engisch weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, daß er die "spezifisch methodologische Seite der Gesetzesanwendung" nicht behandeln wolle.² Hassemer übersieht den Unterschied, der zweifellos zwischen Relevanzfragen und den umfassenden Problemen der Entscheidungsfindung besteht, wenn er aus dem Phänomen der Wechselbeziehung zwischen Fall und Norm den Schluß zieht, daß der Fall in gewissem Umfang die Maßstäbe seiner rechtlichen Bewertung bereits in sich trage. Seine Kritik³ an Engisch geht deshalb wohl von falschen Voraussetzungen aus.

Ähnlich wie bei Engisch wird die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Norm auch hier ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Relevanz untersucht. Die folgenden Ausführungen werden sich darauf beschränken, den Denkprozeß zu beschreiben, durch den der Rechtspraktiker Zweifel über die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes auf einen Sachverhalt auszuräumen versucht.

Die Rechtsanwendung nimmt immer vom Fall her ihren Ausgang. Dementsprechend soll wieder damit begonnen werden darzulegen, auf welche Weise der Sachverhalt den Auslegungsvorgang im rechtlichen Bereich beeinflußt und entscheidend mitbestimmt. Nach allem dürfte klar geworden sein, daß materiale Probleme der Hermeneutik wie etwa die vieldiskutierte "Natur der Sache" in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben. Desgleichen ist nicht auf die Frage einzugehen, wann es bei der Normenanwendung in verstärktem Maß auf die individuelle Eigenart des betreffenden Falles ankommt.⁴ Das umstrittene Problem, in welchem Verhältnis systematisch-dogmatische Gesichtspunkte und die tatsächlichen Um-

1) S. 105;

2) Engisch (1), S. 15;

3) S. 105 FuBn. 110;

4) Vgl. dazu Henkel (2), S. 24ff; (1), S. 356 ff;

stände des Rechtsfalles zueinander stehen und die Entscheidungsfindung beeinflussen, ist im Rahmen einer Untersuchung über Fragen der gegenseitigen Relevanz ebenfalls nicht von Bedeutung. Es soll hier lediglich auf den Denkablauf im allgemeinen eingegangen werden, nach dem sich im Stadium der Auslegung die Bereitstellung der Entscheidungsgrundlagen im tatsächlichen wie im rechtlichen Bereich vollzieht.

II Der Denkstil

Wenn es darum geht, den Denkstil des interpretierenden Juristen zu analysieren, liegt es wie im Stadium der Suche nach den relevanten Normen nahe, kurz auf die Bedeutung der formalen Logik einzugehen. Es ist allerdings ratsam, von vornherein gewisse Differenzierungen vorzunehmen, um zu eindeutigen Aussagen zu gelangen. Die erforderliche Klarheit der Formulierung ist in zahlreichen Stellungnahmen zu diesem Fragenkomplex nicht vorhanden, obwohl sie gerade angesichts der diffizilen Materie wünschenswert wäre. Die Unterscheidung, auf die es im Rahmen dieser Untersuchung in erster Linie ankommt, ist bisher noch nicht mit der nötigen Exaktheit zum Ausdruck gekommen: Es gilt, die Frage nach den Kriterien für die R i c h t i g k e i t v o n A u s l e g u n g s e r g e b n i s s e n von der Problematik zu trennen, nach welchem Denkstil der Interpret verfährt, wenn er zu Beginn seiner Überlegungen darauf bedacht ist, die für den Fall erheblichen Auslegungsgesichtspunkte zusammenzutragen. Das eine ist mit dem anderen nicht identisch. Der Rechtsanwendungsakt gliedert sich methodologisch in einzelne Abschnitte, die durchaus nicht einheitlich strukturiert sind.¹ So ist von dem Verfahren, das die Sammlung der relevanten Entscheidungsgrundlagen zum Gegenstand hat, der Prozeß der Entscheidungsfindung im engeren Sinn zu trennen, bei dem der Urteiler vor der Aufgabe steht, aus dem gefundenen Material nach bestimmten Regeln und Prinzipien die rechtliche Lösung des Falles zu

1) Siehe Zippelius (2), S. 143 f;

entwickeln. Jenes bedarf einer Technik des Suchens und Findens, während der eigentlichen Entscheidung vielfältige Überlegungen und Gedanken logischer, wertender und nicht selten dezisionistischer Art vorausgehen. Bei den meisten Autoren werden diese verschiedenen Stadien der praktischen Rechtsgewinnung nicht hinreichend deutlich. Man beschränkt sich vielmehr darauf, der formalen Logik im Rahmen der juristischen Auslegung summarisch wenig oder überhaupt keine Bedeutung beizumessen, wobei meist angeführt wird, daß eine rein logische Denkweise auf Grund ihres formalen Charakters kein Garant für eine sachlich richtige Interpretation sein kann.¹ Eine solche Argumentation trifft nicht die Problematik, die der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegt. Hier interessiert nicht so sehr die Frage, inwieweit eine formallogische Denkweise die sachliche Richtigkeit von Auslegungsergebnissen garantiert. Vielmehr geht es um die Denktechnik, nach der sich die Sammlung der Entscheidungsgrundlagen vollzieht. Es bleibt deshalb nach wie vor zu prüfen, ob der Logik in diesem Vorbereitungsstadium der juristischen Entscheidungsfindung eine wesentliche Bedeutung zukommt.

Auch im Rahmen der Interpretationsproblematik ist darauf hinzuweisen, daß die formale Logik in erster Linie ein kritisch-vergleichendes Denken darstellt, das im Gegensatz zu einem schöpferisch-produktiven Denkstil steht. Es ist deshalb ohne weiteres einzusehen, daß die Beachtung logischer Gesetze für den Juristen kaum eine Hilfe bedeutet, wenn die An-

1) Vgl. statt vieler: Betti (2), S. 129; Gottlieb, S. 68; Canaris, S. 22 f; Heller, S. 95 ff; Sax, S. 45 f;

wendung einer Norm auf einen Sachverhalt in Frage steht. Eine Auslegung wird nämlich gerade immer dann erforderlich, wenn sich der Erkenntnisprozeß verlangsamt oder gar ins Stocken gerät, weil der Sinn eines Textes nicht sofort zugänglich ist. In einem solchen Fall ist es nicht möglich, allein auf Grund logischer Maximen erkenntnismäßige Fortschritte zu erzielen. Zu Beginn des Auslegungsverfahrens helfen logische Folgerungen nicht weiter, sondern es kommt darauf an, das Problem so zu formulieren, daß man mit Hilfe von mehr oder minder allgemeinen Gesichtspunkten wieder Anschluß an den gesicherten Erkenntnisstand gewinnt, um von da aus die Problemlösung zu finden. Hierzu bedarf es Ideen, die die Logik nicht zu vermitteln vermag. Wie es für den Rechtsanwender im Anfangsstadium seiner Überlegungen darum geht, überhaupt erst einmal die vermutlich einschlägigen Rechtssätze aufzufinden, so besteht seine Aufgabe im Auslegungsstadium in ähnlicher Weise darin, relevante Interpretationsgesichtspunkte in den Erkenntnisprozeß einzuführen. Logisches Denken allein reicht hierfür jeweils nicht aus, weil dabei nicht korrekte Schlüsse und Gedankenabläufe inmitte liegen, sondern eine Technik vonnöten ist, durch die für jedes Problem hilfreiche und weiterführende Ansatzpunkte gefunden werden können. Letztere können dann ihrerseits zum Gegenstand logischer Untersuchungen werden. Das Auslegungsverfahren vollzieht sich in Form von Fragen. Auch aus diesem Grund kann es keine Domäne einer logischen Denkweise sein.¹ Die fragende Geisteshaltung rangiert vor aller Aussagenlogik.² Hier geht es ausschließlich darum, den Ablauf des

1) Siehe Coing, S. 329;

2) Vgl. oben S. 46;

interpretativen Fragens darzustellen, während die materialen Kriterien für die Beantwortung der Auslegungsfrage außer acht gelassen werden. Bei der weiteren gedanklichen Verarbeitung der Einfälle und Lösungsgesichtspunkte mag der Logik als solcher eine gewisse Bedeutung zukommen. Dies gilt jedoch nicht in gleichem Maß für das vorbereitende Stadium der Interpretationsfrage, das logische Operationen vielmehr erst dadurch ermöglicht, daß es zur Fixierung der rechtlichen Prämissen beiträgt.¹

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die formale Logik nach h.M. weder ein sachgerechtes Auslegungsergebnis gewährleistet noch strukturell dafür geeignet ist, wenigstens jenes relevante Entscheidungsmaterial auffinden zu helfen, das als Grundlage des interpretativen Entscheidungsprozesses dienen könnte. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß auch bei der Auslegung wie bei jeder geistigen Betätigung die Gesetze der Logik zu beachten sind. Ausschlaggebend ist jedoch, daß dieses Verfahren in seinem Wesen nicht durch logische Maximen geprägt wird.

Es ist danach offensichtlich, daß für den Denkstil, der für das Interpretationsverfahren kennzeichnend ist, dieselben Maßstäbe gelten wie für denjenigen, der der Suche nach den relevanten Rechtssätzen zugrunde liegt.² Das darf nicht weiter verwundern, handelt es sich doch im Prinzip um einen einheitlichen Erkenntnisprozeß, der sich nur in verschiedene einzelne Stadien unterteilt. Demzufolge ist es nur konsequent, wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß sich die Suche nach dem Recht für den Einzelfall insgesamt nach einer einheitlichen Denkstruktur vollzieht.

1) Vgl. Klug, S. 139 f;

2) Vgl. oben S. 37 f;

In beiden Stadien des Rechtsanwendungsaktes kommt es vornehmlich darauf an, die anfänglich umfassende Frage schematisch nach bestimmten Kriterien einzuteilen und sie dadurch erkenntnismäßig fortzuentwickeln. Daß es sich insoweit jeweils um unterschiedliche Problemzusammenhänge handelt, ist für die Art des Denkens ohne Bedeutung. Desgleichen spielt es keine Rolle, daß im Ausgangsstadium der Rechtsanwendung zunächst kein individualisierter normativer Maßstab zur Verfügung steht, während bei der Auslegung in Gestalt der Norm bereits ein Erkenntnisobjekt vorliegt. Entscheidend ist allein, daß in beiden Fällen eine Problemsituation gegeben ist, die durch einen adäquaten Denkstil aufzulösen ist.

Es liegt deshalb die Überlegung nahe, daß für die Interpretation ebenso wie für die Suche nach den relevanten Rechtssätzen topisches Denken für den Rechtsanwender unumgänglich ist. Da sich die Verfahrensabschnitte des Rechtsanwendungsaktes strukturell nicht wesentlich voneinander unterscheiden, spricht alles dafür, daß auch der Interpret im Grunde topisch verfährt. Bevor hierzu endgültig Stellung genommen wird, erscheint es wiederum ratsam, sich um eine eindeutige Terminologie zu bemühen. Daher ist im folgenden kurz zu klären, welche Vorstellungen in diesem Zusammenhang mit dem Begriff "Topik" verbunden werden.

In der Methodendiskussion wird die Topik meist als Problemdenken verstanden, das dem Systemdenken gegenübergestellt wird.¹ Der Gegensatz zwischen den beiden Methoden besteht vor allem darin, daß der

1) Hierzu Larenz, S. 150 ff; Zippelius (1), S. 2229ff; (2), S. 133 ff; Canaris, S. 141 ff; Coing, S. 342 ff;

topisch verfahrenende Jurist den jeweiligen Problemfall in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellt, dessen Problematik für sich sprechen läßt und mit Hilfe der Fallgegebenheiten versucht, allgemeine Lösungsgesichtspunkte aufzufinden, die für das Einzelproblem relevant erscheinen. Diese werden in enger Bezugnahme zum Fall letztlich "vernunftrechtlich" gegeneinander abgewogen, wodurch sich eine Entscheidung herausbildet.¹

Demgegenüber geht der systematisch orientierte Jurist davon aus, daß die Lösung eines Rechtsfalles regelmäßig in der positiven Rechtsordnung zu finden ist. Er mißt also dem "inneren" System des Rechts einen bestimmten Erkenntniswert bei. Auch er behält selbstverständlich bei der praktischen Rechtsanwendung den einzelnen Fall im Auge, versucht jedoch, zugleich das Rechtsproblem in den erwähnten systematischen Zusammenhang der Rechtssätze einzuordnen, um dadurch Aufschluß über die rechtliche Lösung zu erhalten.

Diese notgedrungen summarische Charakterisierung mag hier genügen, um die Problematik zu verdeutlichen, läßt sie doch immerhin so viel erkennen, daß es sich bei dem Gegensatz zwischen Problemdenken und Systemdenken um die Konkurrenz zweier Methoden der Rechtsfindung handelt. Diese Theorien befassen sich mit den Kriterien, die für die inhaltliche Lösung von Rechtsfällen gelten sollen; ihnen liegen materiale Entscheidungsprobleme zugrunde. Bei dem Streit um die richtige Methode geht es im Grunde genommen um die Frage, "wo" die Lösungsgesichtspunkte für einen konkreten Fall zu finden sind: Ob die Norm

1) In diesem Sinn auch Larenz, S. 150;

als solche und ihre Stellung im Gesamtgefüge der Rechtssätze einen tauglichen Lösungsmaßstab abgeben, oder ob der Rechtsanwender anderer, zusätzlicher Entscheidungsgrundlagen (Topoi) bedarf, um zu einer gerechten und angemessenen Lösung zu kommen.

Es ist leicht einzusehen, daß diese Fragen für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung sind. Materiale Kriterien sind hier nur insofern erheblich, als Klarheit darüber bestehen muß, worauf der Rechtsanwendungsprozeß gerichtet ist. Man ist sich heute wohl weitgehend darin einig, daß sich der Jurist vorwiegend darum bemühen muß, bei der Entscheidungsfindung vom positiven Recht auszugehen. Darauf basiert auch jene fortlaufende Wechselbeziehung zwischen dem tatsächlichen und dem rechtlichen Bereich, die hier des näheren untersucht werden soll. Im Mittelpunkt des Interesses stehen demgemäß das Problem der gegenseitigen Relevanz und die Aufgabe des Rechtsanwendungsorgans, das jeweils Erhebliche vom Unerheblichen zu sondern. Das setzt aber die Beantwortung der eigentlichen Methodenfrage bereits voraus: Denn bevor man daran gehen kann, in bestimmter Hinsicht eine Auswahl zu treffen, muß man sich darüber im klaren sein, wo und wie das Gesuchte zu finden ist. Hierüber Aufschluß zu geben, ist Sinn und Zweck einer Methode. Die Frage, wie man Relevanzbeziehungen herstellt und erkennt, liegt auf einer anderen Ebene und hat damit nichts zu tun. Die Suche nach den relevanten Ausgangspunkten der Entscheidung vollzieht sich strukturell nach Regeln, die wertneutral und eher praktischer Art sind. Es handelt sich dabei um eine spezifische Fragetechnik, die immer nur die Folge dogmatischer Überlegungen sein kann. Aus diesen Gründen kann die Topik, soweit sie als "Problemendenken" im oben genannten Sinn auf-

gefaßt wird, zur Lösung der vorliegenden Problematik nichts beitragen.

Wie in einem früheren Zusammenhang bereits angedeutet wurde, besteht hingegen kein zwingender Anlaß, in der Jurisprudenz mit dem Begriff "Topik" nur eine bestimmte Methodenrichtung zu verbinden. Die geschichtliche Entwicklung und die Tatsache, daß topisches Denken auch in andere wissenschaftliche Disziplinen Eingang gefunden hat¹, legen es vielmehr nahe, die Topik als eine Denkweise aufzufassen, die nicht auf bestimmte Erkenntnisbereiche beschränkt ist, sondern überall da wertvolle Dienste zu leisten vermag, wo es darauf ankommt, angesichts einer Problemsituation weiterführende Gesichtspunkte zu finden, mit deren Hilfe eine drohende Aporie überwunden werden kann. Wenn man sie als eine "techne des Problemdenkens" im strengen Sinn, als bloße Argumentationstechnik auffaßt und ihr demzufolge nur eine instrumentale Funktion im Erkenntnisprozeß in dem Sinn beimißt, daß sie für sich allein keine zureichende Begründung einer Problemlösung geben kann², muß man zu dem Ergebnis kommen, daß es sich bei ihr um einen Denkstil handelt, der sowohl der Suche nach den relevanten Rechtssätzen als auch deren Auslegung im Hinblick auf den Einzelfall zugrunde liegt. Topik in diesem Sinn erfüllt all jene Voraussetzungen, die an ein Denken zu stellen sind, durch das Relevanzbeziehungen aufgedeckt werden können.³

Da sich bei der praktischen Auslegung Norm und Sachverhalt gegenüberstehen, um auf ihre Beziehung zueinander überprüft zu werden, ist es auch hier von ausschlaggebender Bedeutung, auf beiden Ebenen nur

1) Vgl. Hennis, S. 89 ff;

2) So Zippelius (1), S. 2233;

3) Zippelius (2), S. 140: "Sie hält Ausschau, welche schon bekannte Einsicht, Norm oder Frage für die Lösung eines konkreten Problems relevant sein könnte."

das Wesentliche, dies aber in vollem Umfang hervorzuheben und zum Untersuchungsgegenstand zu machen.

Zur Bewältigung dieser Aufgabe erscheint der topische Denkstil demnach durchaus geeignet. Man muß sich nur darüber im klaren sein, daß man von ihm nicht zu viel erwarten darf. Sieht man in ihm infolgedessen nur ein geistig-instrumentales Hilfsmittel, das die spezifischen Probleme der juristischen Methodologie nicht berührt, stößt man damit in breiter Front auf Zustimmung.¹

Auch diejenigen, die einer topischen Methode in der Jurisprudenz grundsätzlich skeptisch gegenüberstehen, erkennen an, daß bei der Gesetzesinterpretation auf einen topischen Denkstil nicht verzichtet werden kann.² Insbesondere macht Diederichsen³ auf diesen Umstand aufmerksam, wenn er von einem "weiten Spielraum" für die topische Denkweise bei der Gesetzesinterpretation spricht. Die Topik erscheine insoweit "in ihrer klassischen Gestalt als inventio oder ... als juristische Phantasie." Diese "Phantasie" benötigt der Interpret, wenn er vor der Frage der Vereinbarkeit eines Sachverhalts mit einem Normtatbestand steht. Nur durch einen topischen Denkstil ist es ihm möglich, relevante Gesichtspunkte zu finden, die im Denkprozeß weiterhelfen.

-
- 1) Für eine topische Struktur des Interpretationsvorgangs haben sich ausgesprochen: Viehweg, S. 26, 61 f; Coing, S. 325, 343; Hassemer, S. 136; Ekelöf, S. 222;
 - 2) Diederichsen, S. 704; Canaris, S. 149;
 - 3) S. 704;

III Die Topoi der praktischen Auslegung

Im Ausgangsstadium des Rechtsanwendungsaktes wie bei der Normeninterpretation sieht sich der Jurist Fragen konfrontiert, die wegen ihrer relativ allgemeinen und weit gespannten Formulierung nicht sofort zu beantworten sind, sondern eigens spezifische Gedankenprozesse erfordern. Wie es sich deshalb für ihn als unumgänglich erwies, die ursprüngliche Fragestellung im Sinne des "quid iuris" mit Hilfe des "äußeren Rechtssystems" fortschreitend zu konkretisieren, so sieht er sich im Rahmen der Rechtssatzauslegung gleichfalls darauf verwiesen, einer Aporie dadurch zuvorzukommen, daß er die für sein persönliches Erkenntnisvermögen zu weit gesteckte Frage nach dem von Collingwood vorgeschlagenen Verfahren¹ in einzelne Bereiche und Unterfragen "einteilt." Auf die mit einem solchen Vorgehen verbundenen erkenntnismäßigen Fortschritte wurde ebenfalls schon hingewiesen. Auch bei der Auslegung beziehen sich die Zweifel auf den rechtlichen Bereich, da Unklarheit darüber besteht, ob ein in seiner Zusammensetzung weitgehend feststehender Sachverhalt von dem jeweils in Frage stehenden Normtatbestand erfaßt wird. Daraus folgt, daß auch in dieser Phase des Erkenntnisprozesses die Frage nach dem Recht zu konkretisieren und präzisieren ist. Die Aufgabe des Rechtsanwenders besteht somit darin, den Bedeutungsgehalt des interpretationsbedürftigen Rechtssatzes geistig so weit zu erkunden und auszuschöpfen, bis ihm nach der Beantwortung möglichst konkreter und bereits auf das Fallproblem zugeschnittener Einzelfragen ein abschließendes Urteil über die Beziehung

1) Vgl. oben S. 48;

zwischen dem Sachverhalt und der Norm möglich ist.

Dabei ist der Jurist gleichfalls darauf angewiesen, jeweils ein gewisses Repertoire von Topoi durch Invention aufzufinden. Seine Denkweise wurde gerade deshalb als "topisch" charakterisiert, weil sie naturgemäß problembezogen ist. Topisch denken bedeutet jedoch, Gesichtspunkte aufzufinden, die die Problemanalyse dadurch in Gang halten und fördern, daß sie - bildlich gesprochen - die zu formulierenden speziellen Unterfragen des Interpretieren auf sich ziehen und damit als Orientierungshilfen fungieren. Sie verhelfen dazu, das Problem einzuteilen, und ermöglichen dadurch, einen Überblick über die zu erforschende Materie zu gewinnen. Im Rahmen der Interpretationsproblematik besteht die Funktion der Topoi also darin, die anfangs relativ unbekannte Bedeutung eines Normtatbestandes transparent und mittels gezielter Fragen zugänglich zu machen.

Der interpretierende Jurist ist demnach darauf angewiesen, die für die konkrete Rechtsfrage relevanten Auslegungsgesichtspunkte aufzufinden. Wie bei der Suche nach den für den Fall bedeutsamen Rechtssätzen besteht auch im Stadium der Rechtssatzauslegung für ihn die Schwierigkeit darin, alle¹, aber zugleich auch nur diejenigen Topoi in den Gedankenprozeß einzubeziehen, die geeignet erscheinen, zur endgültigen Problemlösung beitragen zu können. Das deutet darauf hin, daß die Relevanzproblematik nicht auf die Auswahl der erheblichen Rechtssätze beschränkt ist, sondern sich auch dann noch stellt, wenn sich Norm und Sachverhalt gegenüberstehen und auf ihre Vereinbarkeit überprüft werden.

1) Siehe Hassemer, S. 136 f;

Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß ein Rechtssatz in der Regel nicht nur einen Einzelfall, sondern eine Vielzahl von Fällen normativ erfassen will. Daraus folgt, daß sich das im Rechtsfall enthaltene Problem und die von der Norm vorgesehene Problemlösung in quantitativer Hinsicht meist nicht decken, sondern auseinanderklaffen. Der Rechtsfall könnte als potentiell Einzelnes des Norm-Ganzen bezeichnet werden. Für die rechtliche Lösung eines Falles ist also regelmäßig nicht der vollständige Bedeutungsgehalt eines Rechtssatzes erheblich, sondern gleichsam nur ein bestimmter, hermeneutisch zu erfassender Ausschnitt hiervon.¹ Allein auf diesen Ausschnitt kommt es im Rahmen der praktischen Auslegung an. Das Kriterium für die Relevanz normativer Gesichtspunkte stellt der Fall dar. Er ist Bestandteil jener Relationsfrage, auf deren Beantwortung es dabei ankommt. Den Rechtspraktiker interessieren rechtliche Erkenntnisse nur insoweit, als sie die Lösung des ihm vorliegenden konkreten Lebensfalles betreffen. Es wird sich herausstellen, daß in der praktischen Rechtsanwendung eine solch spezialisierte Verdeutlichung der Normen durchführbar ist, weil meist schon einzelne Auslegungserkenntnisse vorliegen, auf die der Urteiler zurückgreifen kann. Unter ihnen können dann diejenigen ausgewählt werden, die zu dem jeweiligen konkreten Rechtsproblem in näherem Kontext stehen.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß auch bei diesem Prozeß die Rechtskenntnis und Urteilskraft des Juristen eine wesentliche Rolle spielen. Genauer ist hier nur auf den methodologischen Stellenwert einzugehen, der dem Sachverhalt bei der Konkretisierung

1) Vgl. Sauer, S. 376 ff;

einer Norm zukommt. Insoweit beschränkte man sich bisher weitgehend auf die Feststellung, daß die jeweilige Fallkonstellation das Auslegungsverfahren beeinflusse, ohne auf die Art und Weise dieser Einflußnahme näher einzugehen.¹ Deshalb soll zunächst unter Zugrundelegung einer allgemeinen erkenntnistheoretischen Betrachtungsweise dargelegt werden, wie die Invention der Auslegungsgesichtspunkte im Rahmen der praktischen Interpretation u. a. von der rechtlichen Problematik des Einzelfalles bestimmt wird. Für diese Frage ist die Art der Topoi, die bei der Auslegung einer Norm eine Rolle spielen können, nicht von Bedeutung, so daß darauf erst später einzugehen sein wird.

Konkrete Gesichtspunkte finden sich umso leichter, je bestimmter und begrenzter die Fragestellung ist. Je mehr sich die Erkenntnisbestrebungen des Betrachters auf einen speziellen Punkt eines umfangreicheren Untersuchungsgegenstandes konzentrieren, in desto größerem Maße nehmen sie an Intensität und Genauigkeit zu. Dadurch wächst zugleich auch die Aussicht, Erkenntnisse zu gewinnen, auf die man bei einer umfassenderen und damit notgedrungen auch oberflächlicheren Betrachtung nicht sogleich stoßen würde. Nach Henkel² bewirkt jede Spezialbetrachtung von vornherein eine Begrenzung des Blickbereiches, "so daß die in Betracht gezogene Lebenserscheinung nicht mehr in der Totalität ihrer Merkmale, sondern nur noch in einem Ausschnitt wahrgenommen wird." Diese Erfahrung gilt uneingeschränkt auch für die Konkretisierungsproblematik im rechtlichen Bereich. Insoweit wird die Begrenzung der Forschungsbestrebungen des Urteilers vom Sachverhalt veranlaßt

-
- 1) Gadamer, S. 308; Esser (2), S. 373; Nawiasky, S. 124; Jesch, S. 189;
2) Henkel (2), S. 3;

und in ihrem Ausmaß bestimmt. Dem Interpreten wird es damit ermöglicht, durch konkrete und gezielte Fragen den Aussagegehalt des jeweiligen Rechtssatzes zu eruieren. Er prüft diesen also nur in dem Umfang, in dem er sich aus der Perspektive des Falles als problematisch erweist. Die Bedeutung des Sachverhalts für den Interpretationsprozeß erkennt auch Hassemer¹: "Sowohl der Tatbestand als auch der Sachverhalt regen den Auslegungsprozeß als Verstehensprozeß in einer bestimmten Weise an, sie weisen den Gang der Auslegung in eine Richtung dadurch, daß sie Merkmale haben und nennen: Sie setzen durch diese ihre materiale Bestimmtheit dem Verstehen also von vornherein eine Begrenzung und geben ihm Halt und Ausrichtung." Die praktische Auslegung stellt sich somit als eine spezielle rechtliche Untersuchung einer Norm mit all ihren erkenntnistheoretischen Vorzügen dar: Das Problem wird durch den konkreten Fall bestimmt und zugleich begrenzt, wodurch eine raschere und genauere Überprüfung der rechtlichen Materie unter dem Gesichtspunkt der Relevanz gewährleistet ist.

Diese begrenzte Betrachtungsweise des Praktikers bringt es mit sich, daß er von vornherein in der Lage ist, relativ bestimmte und konkrete Interpretationstopoi zu aktualisieren. Sobald ein Fall Veranlassung gibt, eine Norm auf ihre Anwendbarkeit zu überprüfen, steht damit meistens zugleich auch ein Katalog von einschlägigen Gesichtspunkten zur Verfügung, auf die der Fall vermöge seines Problemcharakters hinweist.² Die Suche nach ihnen gestaltet sich umso leichter und zielstrebig, je inhaltsreicher und prononcierter

1) S. 120; in diesem Sinn auch Hruschka (2), S. 493 ff;

2) Schneider, S. 12;

der Sachverhalt das rechtliche Problem durch seine Merkmale anklingen läßt. In der praktischen Auslegung nimmt der konkrete Fall also bereits dadurch Einfluß auf den Verlauf des Erkenntnisprozesses, daß er von vornherein nur den ihm gemäßen Regelungsteilbereich der Norm in den "Lichtkegel der Relevanz" rückt und damit zugleich auch die Voraussetzungen dafür schafft, daß die im Einzelfall relevanten Topoi auf direktem Weg und ohne große Schwierigkeiten aufgefunden werden können. Sax¹ sieht die Problematik ähnlich, wenn er ausführt, daß der Rechtsfall selbst der Praxis bestimme, "ob und inwieweit der Rechtssatz, unter den subsumiert werden soll, auslegungsbedürftig und zu seiner Auslegung auf die allgemeinen Auslegungskriterien zurückzugreifen ist. Die dem zu entscheidenden Lebenssachverhalt inwohnende Regelungsbedürftigkeit, die der Praktiker intuitiv erfaßt, befindet - bewußt oder unbewußt - über Richtung und Ausmaß seiner Auslegungstätigkeit".²

Die Steuerung des Auslegungsvorgangs durch die Sachproblematik des konkreten Einzelfalles wird durch einen erneuten Vergleich mit der theoretischen Rechtsfindung deutlich: Theoretiker und Praktiker sehen sich zwar in gleicher Weise immer wieder von neuem vor die Notwendigkeit gestellt, Interpretationsprobleme lösen zu müssen. Sie sind dabei jeweils darauf angewiesen, durch Bestimmungsfragen weiterführende Gesichtspunkte aufzufinden. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch in der erkenntnismäßigen Ausgangssituation von beiden, im Umfang der zu

1) S. 48;

2) Siehe auch Hruschka (2), S. 497: "Vom Rechtsfall her bieten sich die Lösungen an, die der Urteiler dann in den gesetzlichen oder sonstigen allgemeinen Regelungen sucht."

beantwortenden Fragen. Dem Theoretiker ist keine bestimmte Forschungsrichtung vorgegeben, sondern er bemüht sich darum, den Regelungsgehalt eines Rechtssatzes durch eine umfassende Betrachtungsweise zu verdeutlichen und möglichst auszuschöpfen. Dementsprechend allgemein und unbestimmt sind folglich auch meistens die Topoi, die anfangs durch solche Fragen aktualisiert werden. Demgegenüber kann sich der Praktiker - selbst wenn es sich um dieselbe Norm handelt - auf die Lösung eines Spezialproblems konzentrieren, das vom Einzelfall geprägt wird. Allein von ihm nehmen die rechtlichen Erwägungen ihren Ausgang; er ist zugleich das Richtmaß ihrer Relevanz. Die in ihm zum Ausdruck kommenden speziellen rechtlichen Fragen ermöglichen es, auf eine beschränkte Anzahl verhältnismäßig konkreter Topoi aufmerksam zu werden, die in einem ersten Hinsehen für seine Lösung bedeutsam erscheinen.

Im folgenden soll nun näher dargelegt werden, welcher Art die Topoi sind, die für den Prozeß der praktischen Rechtsauslegung in Frage kommen. Ein entscheidendes Charakteristikum der Funktionsweise aller Topoigattungen wurde darin gesehen, daß sie nicht **e r f u n d e n** werden im Sinn einer produktiven geistigen Neuschaffung. Invention bezeichnet vielmehr ein (Wieder-) **A u f f i n d e n** von bestimmten bereitliegenden Einsichten.¹ Überträgt man diese grundlegende Voraussetzung auf die Auslegungsproblematik, kommt man zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß sich die Topoi insoweit aus jenem Wissensvorrat rekrutieren, den Lehre und Praxis im Laufe der Zeit im Hinblick auf diesen Fragenkomplex geschaffen haben.

1) Vgl. oben S. 52;

Jegliche wissenschaftlich betriebene Untersuchung über eine rechtliche Materie trägt dazu bei, den allgemeinen Wissensstand über das positive Recht zu vergrößern. Die gewonnenen Erkenntnisse kommen nachfolgenden Untersuchungen insofern zugute, als diese darauf aufbauen können. Sie stellen das Vergleichsmaterial dar, das der Rechtspraktiker zur Lösung von Interpretationsfragen heranzieht und als Anknüpfungspunkt für neuerlich vorzunehmende Subsumtionen verwendet.¹

Für die Fortentwicklung seines jeweiligen Auslegungsproblems stehen dem Rechtsanwender Topoi verschiedenen Abstraktionsgrades zur Verfügung.² Auch in dieser Hinsicht lassen sich somit Parallelen zu jener Erkenntnisbewegung ziehen, durch die er die relevanten Rechtssätze auffindet. Dabei bedient er sich, wie ausgeführt, des "äußeren" Rechtssystems, das sich aus einer Vielzahl mehr oder minder allgemein strukturierter Einteilungsgesichtspunkte zusammensetzt. Ein solch einheitlicher und handlicher Topoi-katalog steht dem Juristen allerdings für das Interpretationsstadium nicht zur Verfügung. Bisher ist es nicht gelungen, all jene Gesichtspunkte zusammenzustellen, übersichtlich zu ordnen und in eine allseits anerkannte methodische Reihenfolge zu bringen, die bei Auslegungsproblemen eine Rolle spielen können.

Der Rechtspraktiker ist naturgemäß bestrebt, auf kürzestem Weg zu möglichst konkreten Topoi vorzudringen. Das beruht auf der Erfahrung, daß ein relativ konkreter und spezieller Gesichtspunkt leichter auf ein bestimmtes Problem angewendet werden

1) Engisch (1), S. 27;

2) Schneider, S. 11;

kann als ein allgemeinerer. Ein Topos ist desto hilfreicher, je eindeutiger sich in ihm ein Gedanke manifestiert, und je mehr er auf bestimmte Spezialprobleme zugeschnitten ist. "Je weiter der Oberbegriff, desto verschwommener das Urteil".¹ Diese Einsicht gilt gleichermaßen für die Anwendung von Rechtssätzen wie für die Verwendung von Auslegungsgesichtspunkten.

Bevor der Rechtsanwender daran geht, den Sinn einer Norm mit Hilfe allgemeiner Gesichtspunkte zu verdeutlichen, wird er deshalb prüfen, ob über den Anwendungsbereich des betreffenden Rechtssatzes bereits irgendwelche Einsichten in Form von einzelnen Auslegungsergebnissen vorliegen.² Über diese Frage kann er sich an Hand der juristischen Kommentarliteratur unschwer informieren. Sie gibt in systematisch gegliederter Form über alle mehr oder minder verbindlichen Erkenntnisse Aufschluß, die im Laufe der Zeit dazu beigetragen haben, daß über den Regelungsgehalt der jeweiligen Norm immer mehr bekannt geworden ist. Damit fungieren die Erläuterungswerke heute praktisch als Topoikataloge, die für die Auslegungsproblematik bezüglich einzelner Rechtssätze zur Verfügung stehen.³ Sie ermöglichen es dem Interpreten, die für seinen Fall erheblichen und weitgehendst konkretisierten Gesichtspunkte aufzufinden.

Eine solche Heranziehung und Verwertung von Auslegungsergebnissen stellt in der Regel die Hauptaufgabe des Praktikers bei der Anwendung einer Norm dar. Deshalb werden sich die folgenden Ausführungen nur mit denjenigen Interpretationsgesichtspunkten

1) Baumbach-Hefermehl, Einl. zum UWG, Rdz. 99;

2) Kriele, S. 164 f;

3) Schneider, S. 11; Kriele, S. 145;

befassen, die spezifisch für einen einzelnen Rechts-satz in Frage kommen, und deren Funktion in der Haupt-sache darin besteht, dem Rechtsanwender einen um-fassenden Überblick über bereits vorliegende Aus-legungserkenntnisse zu verschaffen. Dagegen erübrigt es sich hier, auf allgemeine Interpretationstopoi näher einzugehen, die sich auf mehrere oder gar auf alle Rechtssätze beziehen. Sie werden immer erst dann herangezogen, wenn nicht bereits in ausreichendem Umfang konkrete Topoi speziell für die betreffende Norm zur Verfügung stehen. Im übrigen kann von einer Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Norm im eigentlichen Sinn nur dann gesprochen werden, wenn hinsichtlich eines bestimmten Rechtssatzes bereits gewisse Einsichten vorliegen. Nur dann gibt es ein spezifisch auf die Norm abgestelltes Erkenntnis-material, das auf seine Relevanz für den einzelnen Rechtsfall überprüft werden kann.

Dabei fällt auf, daß sich der Erkenntnisprozeß des Urteilers im Auslegungsstadium nicht immer streng nach dem Prinzip vom Allgemeinen zum Besonderen voll-zieht. Darin unterscheidet er sich von der Suche nach den relevanten Rechtssätzen, die nur durch einen kontinuierlichen Konkretisierungsprozeß aufgefunden werden können. Das ist durch die verschiedene Struktur der jeweiligen Topoikataloge bedingt: Das "äußere" Normensystem ist umfassend und lückenlos, während die Kommentierungen und systematischen Zusammenstellungen lediglich Gesichtspunkte enthalten, die sich auf be-stimmte einzelne Normen beziehen. Dadurch wird der Interpret zwar in die Lage versetzt, sofort und ohne jegliche geistige "Umwege" zu prüfen, ob hinsichtlich der jeweiligen in Frage stehenden Norm bereits spezielle und auch für den Fall relevante Topoi vor-liegen. Trifft dies allerdings einmal nicht zu, bleibt ihm nichts anderes übrig, als nach allgemeineren

Interpretationsgesichtspunkten Ausschau zu halten. Daraus ist zu ersehen, daß die Normkonkretisierung methodisch nicht immer geradlinig verläuft, sondern gewisse experimentelle Züge aufweist.

Die Struktur der Konkretisierungsgesichtspunkte hängt in gewissem Umfang von dem Erscheinungsbild der jeweiligen Norm ab. Es kommt darauf an, in welchem Ausmaß der Wortlaut des Rechtssatzes als solcher schon eine gewisse Aufgliederung und Einteilung des normativen Regelungsgehalts mit sich bringt, indem er aus mehr oder weniger Begriffen besteht, die ihrerseits wiederum einen größeren oder kleineren Abstraktionsgrad besitzen können. Es versteht sich, daß Generalklauseln, wie sie z.B. in den §§ 138, 242 BGB ihren Niederschlag gefunden haben, prinzipiell anders strukturierte Topoikataloge aufweisen als etwa ein Rechtssatz i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei jenen ist der regulative Horizont doch um vieles weiter gezogen als etwa bei der erwähnten Bereicherungsvorschrift. Dieser Verschiedenheit müssen die jeweiligen Topoikataloge Rechnung tragen.

Als Beispiel für eine begrifflich weitgehend gegliederte Norm soll der Tatbestand der Urkundenfälschung i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB dienen. Sieht man sich hierzu etwa die Erläuterungen an, die der Kommentar von Schönke-Schröder¹ beinhaltet, so kann ohne weiteres festgestellt werden, daß sich die angeführten Auslegungsergebnisse an den einzelnen Begriffen der Norm orientieren. Im Zusammenhang mit dem Begriff der "Urkunde" ist beispielsweise weiterhin eine Auffächerung in einzelne Begriffsmerkmale erkennbar. Damit ist bereits eine gewisse Er-

1) § 267 Rdz. 2 ff;

leichterung bei der Begriffsinterpretation verbunden. Diese Merkmale erfahren wiederum dadurch eine gesteigerte Konkretisierung, daß sie von Fallkomplexen abgegrenzt werden, die nicht mehr darunter fallen (Beispiel: die sog. "Kennzeichen"). Als weiterführende Topoi kommen schließlich im Zusammenhang mit jedem Begriffsmerkmal Fallgruppen und Beispielsfälle in Betracht, mit denen ein Höchstmaß an Konkretisierung des Urkundenbegriffs verbunden ist.

Als Beispiel für den Topoikatalog einer Generalklausel eignet sich in hervorragender Weise die Kommentierung von Baumbach-Hefermehl zu § 1 UWG. Schon aus der Inhaltsübersicht¹ ist zu ersehen, daß sich die Gesichtspunkte nicht auf Begriffe beziehen. Als "oberste" und zugleich allgemeinste Einteilungskriterien fungieren vielmehr vier sog. Hauptgruppen, die wohl den Charakter von Typen haben: "Kundenfang", "Behinderung", "Ausbeutung", "Vorsprung durch Rechtsbruch". Auf einer zweiten, konkreteren Stufe steht eine große Anzahl von Untergruppen, deren Spektrum beispielsweise für den Topos des "Kundenfangs" von der "Irreführung" bis zu "Wettbewerbsmethoden im Zwischenhandel" reicht. Bei seiner Suche nach möglichst konkretem und speziellem Entscheidungsmaterial stößt der Interpret schließlich auf Präjudizien und andere Beispielsfälle sowie auf Meinungsäußerungen der Verfasser, die jeweils wieder nach den verschiedenen Untergruppen unterteilt sind.

An Hand eines so übersichtlich geordneten Topoikatalogs kann der Rechtsanwender ohne Schwierigkeit erkennen, in welchem Regelungssektor der Norm sein Problem liegt. Zugleich bieten sich adäquate Gesichtspunkte an, die für die Entscheidung der Relationsfrage erheblich sein

1) S. 270 ff;

können. Die praktische Bedeutung der Typen- und Prinzipienbildung für die Anwendung von Generalklauseln betont auch Henkel:¹ Dem Rechtsanwender werde es dadurch ermöglicht, "seinen Fall in einem bestimmten Rechtsraum unterzubringen, ihm einen O r t innerhalb des sonst unübersehbaren Generalklausel-Gebietes anzuweisen und sein Urteil auf gegebene R i c h t p u n k t e abzustellen."

Die beiden angeführten Beispiele genügen, um zu veranschaulichen, auf welche Topoi und Topoi-kataloge der Praktiker in erster Linie zurückgreift, wenn er vor der Aufgabe steht, über die Anwendbarkeit einer Norm auf einen Sachverhalt zu entscheiden.

1) Henkel (2), S. 45; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Einl. zum UWG, Rdz. 99;

IV Die Wechselbeziehung zwischen Normkonkretisierung und Sachverhaltsbildung

Mit dem Auffinden bestimmter Konkretisierungsgesichtspunkte ist der Entscheidungsprozeß des Rechtsanwenders noch nicht beendet. Wie im Stadium der Suche nach den relevanten Rechtssätzen besteht vielmehr auch hier die Notwendigkeit, jeden Topos zu dem Rechtsfall explizit in Beziehung zu setzen und über diese Relation eine Entscheidung zu treffen. Den Bestimmungsfragen, durch die die einzelnen Gesichtspunkte überhaupt erst zum Vorschein gebracht werden, schließen sich deshalb auch im Interpretationsstadium Relationsfragen an, die dahin lauten, ob der jeweilige Topos für die rechtliche Lösung des Falles in irgendeiner Form Verwendung findet oder nicht.

Diese Fragen sind naturgemäß bereits wesentlich bestimmter als diejenigen, die den Sachverhalt und die Norm als solche zueinander in Beziehung setzen, und dementsprechend auch leichter zu beantworten. Dadurch, daß jeder aufgefundene Gesichtspunkt mit dem Fall verglichen wird, steuert letzterer offensichtlich den Prozeß der Normkonkretisierung. Jeder Schritt im rechtlichen Bereich wird praktisch vom Sachverhalt kontrolliert. Die jeweilige Fallkonstellation gibt den Ausschlag, bei welchem normativen Gesichtspunkt und in welchem Ausmaß eine weitergehende Konkretisierung erforderlich ist. Je nachdem, wie die Antworten auf diese Relationsfragen ausfallen, gestaltet sich der weitere Verlauf der Interpretation. Kommt man zu dem Ergebnis, daß ein bestimmter Topos für den einzelnen Rechtsfall letztlich nicht beachtlich ist, scheidet er aus den nachfolgenden Überlegungen aus. Damit wird zugleich ein bestimmter Regelungssektor der Norm bei der abschließenden Ent-

scheidung unberücksichtigt gelassen. Im umgekehrten Fall verbleibt der betreffende Gesichtspunkt in der Problemdiskussion und beeinflusst dadurch in irgendeiner Form das Urteil über die Relation zwischen Sachverhalt und Norm. Alle diese Vorgänge auf der rechtlichen Ebene vollziehen sich unter fortwährender Berücksichtigung der faktischen Gegebenheiten des Lebensfalles. Der relevante Regelungsbereich des Rechtssatzes wird jeweils nur durch ständiges vergleichendes Hinsehen auf die einzelnen Umstände des konkreten Falles sichtbar.

In der Praxis kommt es darauf an, ob gewisse Topoi eine Einheit in dem Sinn bilden, daß über sie nach der Einzelrelation in Bezug auf den Fall noch ein zusammenfassendes Urteil erforderlich ist, oder ob Gesichtspunkte in Frage stehen, die voneinander weitgehend unabhängig sind, und von denen jeder allein abschließend hinsichtlich seiner Beziehung zum konkreten Fall beurteilt werden kann.

Die an erster Stelle angeführte Kategorie von Topoi besteht in der Regel aus Begriffsmerkmalen, wie z.B. jene bekannte Definition des Urkundenbegriffs i.S.d. § 267 StGB: (Urkunden sind) "verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen und die ihren Aussteller erkennen lassen".¹ Diese einzelnen Merkmale müssen a l l e im konkreten Fall ihre Entsprechung finden, bevor man vom Vorliegen einer Urkunde ausgehen kann. Deshalb kann insoweit der Einfluß des Sachverhalts auf den Konkretisierungsprozeß nicht darin bestehen, daß man einige dieser Topoi für unbeachtlich erklärt und aus

1) Schönke-Schröder, § 267 Rdz. 2;

den weiteren Überlegungen ausschließt. Vielmehr wirkt sich in diesem Fall die Steuerung der Rechts-satzauslegung durch den Sachverhalt dadurch aus, daß letzterer das Ausmaß der erforderlichen Konkretisierung mitbestimmt. Ist die Entscheidung über die Relation zwischen einem Gesichtspunkt und dem Sachverhalt unproblematisch, erlaubt also der Abstraktionsgrad des in Frage stehenden Topos ohne weiteres ein positives oder negatives Urteil, besteht für den Rechtsanwender keine Veranlassung, die Konkretisierung der Norm zu vertiefen. Gelangt er jedoch im Verlauf des Such- und Entscheidungsprozesses an einen Punkt, bei dem sich Zweifel ergeben, so hat er damit gewissermaßen den Einstieg in das dem Fall zugrunde liegende Auslegungsproblem gefunden: Sein nächster Schritt besteht darin, mittels einer Bestimmungsfrage speziellere und konkretere Topoi zur Evidenz zu bringen, die wegen ihres erhöhten Bestimmtheitsgrades eher eine Beantwortung der Relationsfrage erwarten lassen als der Ausgangstopos. Treffen auf irgendeiner Stufe des Katalogs ein oder mehrere Gesichtspunkte auf das konkrete Rechtsproblem zu, ist damit zugleich auch die schwebende Frage nach dem Ausgangstopos in positivem Sinn beantwortet. Damit ist die Erkenntnis verbunden, daß ein Begriffsmerkmal der Norm im Sachverhalt erfüllt ist. Der Fall nimmt also bei dieser Topoi-Kategorie in der Form Einfluß auf den Verlauf des Konkretisierungsprozesses im Rechtsbereich, daß er es dem Praktiker ermöglicht, sich durch einen fortlaufenden Vergleich zwischen den aufgefundenen Topoi und dem Sachverhalt auf jene Stufe des Topoikatalogs vorzutasten, die hinsichtlich ihres Konkretisierungsgrades dem im Fall zum Ausdruck kommenden Interpretationsproblem am ehesten entspricht.

Etwas anders gestaltet sich die Einflußnahme der Fallproblematik auf den Auslegungsprozeß, wenn bei der Invention Gesichtspunkte zum Vorschein kommen, zwischen denen kein so enger Sinnzusammenhang besteht. Von ihnen erlaubt jeder einzelne Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen Sachverhalt und Norm. Zu dieser Kategorie gehören beispielsweise die bei Baumbach-Hefermehl¹ angeführten vier Hauptgruppen zu § 1 UWG. Sie fördern die Konkretisierung der Generalklausel regelmäßig schon dadurch, daß der Urteiler unter ihnen eine A u s w a h l trifft, da kaum jemals alle vier Gesichtspunkte zugleich auf einen Fall zutreffen werden. Wenn der Rechtsanwender etwa zu der Überzeugung gelangt, daß für einen bestimmten Sachverhalt allein der Topos des "Kundenfangs" von Bedeutung ist, wird er die übrigen drei Konkretisierungsgesichtspunkte in seinen weiteren Überlegungen nicht mehr berücksichtigen, sondern seine Erkenntnisbestrebungen auf diesen einen Typus der Generalklausel konzentrieren. Diese Auswahl bedeutet auf dem Weg zum relevanten Regelungsinhalt der Norm einen entscheidenden Schritt voran; und auch dieser Schritt kann nur unter Berücksichtigung der besonderen Problemstruktur des Rechtsfalles erfolgen. Die Frage, welche Einteilungsgesichtspunkte letztlich unbeachtlich sind und welche im weiteren Verlauf der Untersuchung eingehender überprüft werden müssen, ist nur im Hinblick auf die jeweilige konkrete Sachlage zu beantworten. Sie gibt für die Verwendbarkeit der aufgefundenen Topoi das Richtmaß ab. Aber auch bei dieser Topoi-Kategorie sieht sich der Rechtsanwender zumeist der Aufgabe gegenüber, den im Entscheidungsprozeß verbliebenen

1) Vgl. oben S. 141;

Gesichtspunkt weiter zu konkretisieren, um über seine "Anwendbarkeit" und damit zugleich über diejenige der Norm insgesamt urteilen zu können. Bei einer Generalklausel ist er naturgemäß in besonderem Maße darum bemüht, möglichst konkrete und bestimmte Anhaltspunkte für seine Entscheidung zu finden. Wie weit er bei diesem Konkretisierungsverfahren gehen muß, bestimmt sich neben seiner Rechtskenntnis und Urteilkraft auch danach, inwieweit das einzelne Fallproblem dem jeweiligen Typ der Generalklausel entspricht.

Der Such- und Entscheidungsprozeß kommt zum Stillstand, wenn dem Urteiler an Hand des aufgefundenen Vergleichsmaterials ein Relationsurteil im Hinblick auf seinen Fall möglich ist, oder wenn er trotz seiner Bemühungen keine konkreteren Gesichtspunkte mehr findet. Im letzteren Fall wird er mitunter darauf verwiesen, nach seinem Rechtsgefühl zu entscheiden, das sich an den Umständen des Einzelfalles orientieren soll. Diese werden insoweit ebenfalls als "Gesichtspunkte" angesehen, die bei der Entscheidungsfindung zu beachten seien.¹ Dabei geht man allerdings von der Topik als einer juristischen Methode aus, die den jeweiligen Fallgegebenheiten einen gewissen Erkenntniswert für die Lösung rechtlicher Probleme zuerkennt.

Demgegenüber wurde im Rahmen dieser Untersuchung die Topik lediglich als Denkstil verstanden, dessen Funktion darin besteht, die Konkretisierung der Norm in der juristischen Praxis zu erleichtern. Folglich können die Umstände des einzelnen Falles in diesem Zusammenhang nicht als "Topoi" angesehen werden. Hier sollte nur zum Ausdruck gebracht werden, daß auch im

1) Coing, S. 343; Schneider, S. 11;

Auslegungsstadium die Suche des Urteilers nach relevantem rechtlichem Entscheidungsmaterial durch die jeweilige Konstellation des konkreten Falles gleichsam "gesteuert" wird. Mit dem Fall als solchem sind immer auch schon die Weichen gestellt, auf die der Jurist angewiesen ist, wenn er den Topoikatalog der einzelnen Norm geistig "durchläuft". Jeder Schritt im rechtlichen Bereich vollzieht sich unter Beachtung der zu beurteilenden Fakten. Sie allein bieten die Gewähr dafür, daß der Rechtsanwender bei seiner Suche nach relevanten rechtlichen Gesichtspunkten nicht in die Irre geht, sondern an jene "Örter" im Normbereich gelangt, die zu dem Fall eine möglichst bestimmte und konkrete Beziehung aufweisen.

Aus der Tatsache, daß sich bei der praktischen Rechtsanwendung die Auslegung und Konkretisierung der Rechtssätze in Form von Relationsfragen vollzieht, ergibt sich die Folgerung, daß auch in diesem Stadium des Erkenntnisprozesses die weitere Gestaltung des Sachverhalts ganz von den aufgefundenen normativen Gesichtspunkten abhängt. Soll ein Auslegungstopos geeignet sein, den Fall einer rechtlichen Lösung näher zu bringen, muß er zu der Sachlage eine gewisse Affinität aufweisen. Jeder Gesichtspunkt, der im Konkretisierungsprozeß auftaucht, bildet demgemäß den Anlaß für eine Frage, die sich auf den Fall richtet. Sie bezieht sich auf solche Fakten, die der betreffende Topos für wesentlich erklärt. Daran wird deutlich, wie auch im Auslegungsstadium die Ausgrenzung des relevanten Sachverhalts aus dem Fall von erkenntnismäßigen Fortschritten auf rechtlichem Gebiet geprägt wird. Auch dem Auslegungsprozeß liegt somit regelmäßig kein in

seiner Zusammensetzung konstanter Sachverhalt zugrunde. Letzterer ist vielmehr so oft in Frage gestellt, als neu auftauchende Konkretisierungstopoi die Problementwicklung in Gang halten.

Die Art und Weise, nach der sich die Auswahl der relevanten Fakten vollzieht, unterscheidet sich prinzipiell nicht von der Gestaltung des Sachverhalts, die unmittelbar von einer Norm oder einem Rechtsbegriff bestimmt wird. Deshalb kann insoweit auf die früheren Ausführungen verwiesen werden.¹

Für die vorliegende Untersuchung macht es keinen Unterschied, ob in einem Fall bereits der Normwortlaut bzw. der vom Gesetzgeber verwendete Rechtsbegriff einen tauglichen Maßstab für die Selektion der relevanten Fakten abgeben, oder ob in einem anderen Fall erst die von Lehre und Rechtsprechung gefundenen und geschaffenen Auslegungstopoi die Möglichkeit eröffnen, den Lebensvorgang zu einem normgerechten Sachverhalt fortzuentwickeln.

Besonders deutlich wird der Einfluß rechtlicher Gesichtspunkte auf die Zusammensetzung des Sachverhalts auch hier vor allem dann, wenn es der Stand der Auslegung erfordert, die Fallschilderung entweder um Angaben über relevante Tatsachen zu ergänzen oder irrelevante Aussagen aus ihr zu eliminieren. Eine Interpretation des Begriffes "Urkunde" i.S.d. § 267 StGB ergibt beispielsweise, daß die Unterscheidung zwischen sog. Absichts- und Zufallsurkunden für die praktische Rechtsanwendung ohne Bedeutung ist.² Wird etwa der Wortlaut eines Briefes, der nach Zustellung vom Adressaten für Beweiszwecke ausersehen war, ver-

1) Vgl. oben S. 90 ff;

2) Schönke-Schröder, § 267 Rdz. 15;

fälscht, so kommt es für die Urkundeneigenschaft dieses Briefes nicht mehr darauf an, ob er bereits von seinem Verfasser dazu bestimmt war, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen. Eine Aussage hierüber wäre in der Regel für die Anwendung des § 267 StGB unwesentlich und könnte deshalb gegebenenfalls aus dem Sachverhalt entfernt werden. Enthält die Fallschilderung hingegen keine Angaben über Tatsachen, deren Relevanz durch einen Konkretisierungsgesichtspunkt erkennbar wird, ist es erforderlich, nach diesen zu fragen und entsprechende (negative oder positive) Feststellungen in den Sachverhalt aufzunehmen; denn der auf die rechtliche Lösung des Falles gerichtete Erkenntnisprozeß kann sich nur durch einen fortwährenden Vergleich zwischen den aufgefundenen Topoi und den tatsächlichen Umständen des Falles weiterentwickeln. So ist es für die Anwendung des § 1 UWG im Hinblick auf den Gesichtspunkt des "Kundenfangs durch Irreführung" von Bedeutung, ob "der Handelnde die die Unlauterkeit begründenden Tatumstände gekannt oder sich ihrer Kenntnis bewußt entzogen hat".¹ Es ist durchaus denkbar, daß die Relevanz dieses Umstandes für einen Rechtsanwender erst dann evident wird, wenn er im Verlauf der Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel auf den entsprechenden Auslegungstypus stößt, der dann eine diesbezügliche Ergänzung des Sachverhalts veranlaßt.

Die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung setzt sich somit im Stadium der Auslegung der Rechtssätze nahtlos fort.² Durch die In-Beziehung-Setzung eines Rechtsfalles zu einer Norm entsteht

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rdz. 6;

2) So auch Jesch, S. 188 ff; Sax, S. 50;
vgl. Betti (2), S. 615;

eine Problemlage, für die relevante Auslegungsgesichtspunkte aufzufinden sind. Diese beeinflussen ihrerseits die weitere Gestaltung des Sachverhalts dadurch, daß sie konkretisierte und praktikable Maßstäbe für die Relevanz der Fakten abgeben, auf die es für die Entscheidung über die Anwendbarkeit der betreffenden Norm ankommt. Wie oft der Blick des Urteilers dabei "hin und her wandert", hängt von der Zahl der Topoi ab, mit denen er sich während des Auslegungsprozesses befaßt; denn an jedem Gesichtspunkt kehrt sich seine Blickrichtung gewissermaßen um und wendet sich unter dieser Perspektive wieder dem Fall zu. Das verbindende Medium dieser Wechselbeziehung, die sowohl bei der Suche nach den relevanten Rechtssätzen als auch bei deren Interpretation zu beachten ist, stellt die Relationsfrage dar, die im Verein mit einem topischen Denkstil erst die Voraussetzungen dafür schafft, Fall und Recht in eine adäquate Beziehung zu bringen. Das Relationsverfahren endet jeweils, wenn die Subsumtionsprämissen feststehen und dem Rechtsanwender eine abschließende positive oder negative Entscheidung über die Anwendbarkeit einer Norm auf einen Sachverhalt möglich ist.

V Anwendung - Auslegung - Subsumtion

Im Rahmen einer Untersuchung, die sich mit der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung befaßt, ist auch zu einem Problem Stellung zu nehmen, das enge Berührungspunkte zu dem Phänomen der Wechselbeziehung aufweist: Es handelt sich insoweit um die Frage, in welchem Verhältnis die Normauslegung zur Normanwendung bzw. Subsumtion steht. Angesichts der Tatsache, daß sich die praktische Interpretation unter stetiger Kontaktnahme zum Sachverhalt vollzieht, könnte die gegenseitige Abgrenzung dieser juristischen Denkabläufe als problematisch erscheinen.

Drei verschiedene Lösungen sind denkbar:

- a) Bei der Auslegung und der Normanwendung bzw. Subsumtion liegen völlig unterschiedliche Erkenntnisakte inmitten, die nichts verbindet;
- b) Auslegung und Anwendung (Subsumtion) sind in der Praxis *e i n* identisches Verfahren;
- c) die juristischen Denkakte hängen zusammen, ohne identisch zu sein.

Vor der Beantwortung dieser Fragen empfiehlt es sich zu klären, welchen Beurteilungsmaßstab man zugrunde legen will. So macht z.B. Larenz¹ geltend, "daß der Vorgang der Interpretation der Norm, der Bildung des rechtserheblichen Sachverhalts und der beide zusammenschließenden "Anwendung" *l o g i s c h* unterschieden werden können". Es wurde jedoch bereits des öfteren bemerkt, daß eine rein logische Betrachtungsweise bei der Lösung von Rechtsanwendungsproblemen

1) S. 291 f;

kaum jemals entscheidend weiterhilft. Dementsprechend kommt es auch hier mehr auf methodologische Aspekte an. Es ist also zu prüfen, wie sich das Verhältnis von Auslegung, Anwendung und Subsumtion im praktischen Rechtsfindungsverfahren darstellt.

Zunächst soll kurz auf die Beziehung zwischen Interpretation und S u b s u m t i o n eingegangen werden. Man ist sich weitgehend darüber einig, daß es sich insoweit um durchaus verschiedene juristische Erkenntnisakte handelt.¹ Um diese Ansicht beurteilen zu können, muß zuerst Klarheit darüber bestehen, welche Vorstellungen mit diesen Begriffen verbunden werden.

Unter "Interpretation" wird dabei ein Erkenntnisprozeß verstanden, dessen Ziel darin besteht, Zweifel über den Sinn einer Norm zu beseitigen. Er begreift jedoch keine Schlußfolgerungen im Hinblick auf konkrete Fälle in sich.² Demnach richten sich bei der Auslegung die Erkenntnisbestrebungen des Urteilers im wesentlichen auf den Norminhalt, wenn gleich im Rahmen der praktischen Interpretation der Denkablauf des Juristen von der Problemstruktur des einzelnen Falles "gesteuert" wird. Zugleich gehen die genannten Autoren von einem engen Subsumtionsbegriff aus. Sie verstehen darunter lediglich den abschließenden Entscheidungsakt, die positive Feststellung, daß der im Sachverhalt bezeichnete Fall in den Anwendungsbereich einer Norm oder eines Rechtsbegriffes fällt.³ Dieser Subsumtionsbegriff

1) Bierling, S. 197ff; Engisch (1), S. 27f; Jesch, S. 186ff; Kuchinke, S. 75ff;

2) So ausdrücklich Bierling, S. 204 f;

3) Bierling, S. 204 f; Engisch (1), S. 26ff; Jesch, S. 188ff; Kuchinke, S. 75ff;

deckt sich somit mit demjenigen, der der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegt.¹ Nach dieser begrifflichen Klärung ist der Ansicht, wonach Interpretation und Subsumtion in jedem Fall unterschiedliche juristische Akte sind, zuzustimmen. Dies gilt nicht nur bei einer logischen, sondern auch bei einer methodologischen Betrachtungsweise. Das Phänomen der Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung steht dazu nicht im Gegensatz; denn dieser fortlaufende Vergleich zwischen dem tatsächlichen und dem rechtlichen Bereich, in den das Interpretationsverfahren untrennbar verwoben ist, erschöpft sich in der Funktion, die Subsumtion im engeren Sinn vorzubereiten. Er endet, wenn sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht das relevante Material vollständig zur Verfügung steht, über dessen gegenseitige Vereinbarkeit anschließend durch einen gesonderten Akt explizit entschieden wird. Dieser Entscheidungsakt ist erforderlich, weil im Rahmen der Normkonkretisierung nur einschlägige Gesichtspunkte aufgefunden werden können, die als solche noch nicht die Lösung der jeweiligen Rechtsfrage darstellen. Vielmehr ist die Beantwortung der Frage, ob die Gesichtspunkte auf den Fall letztlich auch zutreffen, die Aufgabe der sich anschließenden juristischen Subsumtion.

Daneben stellt sich das Problem, welches Verhältnis zwischen der praktischen Auslegung einer Norm und deren Anwendung auf einen konkreten Fall besteht. Hierzu wird die Auffassung vertreten, daß Interpretation und Anwendung einen einheitlichen Akt

1) Vgl. oben S. 13;

darstellten.¹ Dem kann nur unter der Voraussetzung beigetreten werden, daß die Begriffe "Anwendung" und "Subsumtion" nicht denselben Vorgang bezeichnen.

Überprüft man unter diesem Gesichtspunkt die Ausführungen der genannten Autoren, so wird klar, daß sie mit dem Begriff "Normanwendung" sehr viel mehr verbinden als nur die Feststellung, daß ein Fall von einem Rechtssatz geregelt wird. Für sie besteht der Normanwendungsakt in jenem umfassenden gedanklichen Prozeß, der mit der Suche nach den relevanten Rechtssätzen seinen Anfang nimmt und mit der eigentlichen Subsumtion bzw. deren Verneinung endet. Rechtsanwendung in diesem Sinn ist somit die Suche nach der rechtlichen Lösung für einen konkreten Fall.

Damit wird deutlich, daß auch jenen zuzustimmen ist, die die praktische Auslegung und das umfassende juristische Relationsverfahren zwischen Sachverhalt und Normenordnung als eine methodologische Einheit ansehen. Die Auslegung ist danach nur ein Teilproblem des gesamten Rechtsanwendungsaktes, das funktional untrennbar in jene Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Norm integriert ist. Der jeweilige Sachverhalt ist notwendig und maßgeblich an der Findung und Bildung des konkreten Rechtssatzes beteiligt, der seinerseits erst die Voraussetzung für ein Urteil über die Relation zwischen dem Fall und der Norm bildet. Wie die vorläufige Auswahl der relevanten Normen, so wird auch deren sich oftmals anschließende Konkretisierung in ihrer Richtung und in ihrem Ausmaß von der jeweiligen Konstellation des einzelnen Falles bestimmt und gesteuert. Diese Tat-

1) Larenz, S. 237, 291; Heller, S. 100; Sax, S. 47f;

sache macht deutlich, daß die von einem konkreten Fall veranlaßte Interpretation kein geistiger Akt ist, der aus dem Rechtsanwendungsvorgang herauszulösen wäre und methodologisch verselbständigt werden könnte. Auch er ist vielmehr einbezogen in jenes fortlaufende "Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Sachverhalt und Normenordnung, das sich als Kern der praktischen Rechtsanwendung erwiesen hat.

Literaturverzeichnis

- Allen, Layman E. and Caldwell, Mary Ellen:
Modern Logic and Judicial Decision
Making: A Sketch of One View; in:
Jurimetrics, edited by Hans W. Baade,
New York-London 1963, S. 213 ff;
- Bacon, Francis: The Advancement of Learning; in:
Everyman's Library, London 1965;
- Bäumlin, Richard: Staat, Recht und Geschichte. Eine
Studie zum Wesen des geschichtlichen
Rechts, entwickelt an den Grundproblemen
von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961;
- Baumann, Jürgen: Einführung in die Rechtswissenschaft,
München 1967;
- Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Bd. I (Wettbewerbsrecht), 9. Aufl.,
München und Berlin 1964;
- Betti, Emilio: (1) Die Hermeneutik als allgemeine
Methodik der Geisteswissenschaften,
Tübingen 1962;
(2) Allgemeine Auslegungslehre als Methodik
der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967;
- Bierling, Ernst Rudolf: Juristische Prinzipienlehre,
Bd. IV, Tübingen 1911;
- Burckhardt, Walter: Die Organisation der Rechtsgemein-
schaft. Untersuchungen über die Eigenart
des Privatrechts, des Staatsrechts und des
Völkerrechts, Basel 1927;
- Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff
in der Jurisprudenz, Berlin 1969;
- Cicero, Marcus Tullius: Topica, in: The Loeb Classical
Library, London 1960;
- Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl.,
Berlin 1969;
- Collingwood, Robin George: Denken. Eine Autobiographie,
Stuttgart 1955;
- Diederichsen, Uwe: Topisches und systematisches Denken in
der Jurisprudenz, NJW 1966, S. 697 ff;

- Ekelöf, Per Olof: Topik und Jura, in: Universitetet och forskningen (Festschr. für Torgny T. Segerstedt), Uppsala 1968;
- Engisch, Karl: (1) Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 1960;
(2) Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968;
(3) Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, S. 173ff;
- Esser, Josef: (1) Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949;
(2) Die Interpretation im Recht, Studium Generale 1954, S. 372ff;
- Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. Aufl., Tübingen 1965;
- Gottlieb, Gidon: The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality, London 1968;
- Hartmann, Nicolai: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Aufl., Berlin 1949;
- Hassemer, Winfried: Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln-Berlin-Bonn-München 1968;
- Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (Jahrgang 1914), S. 1ff;
- Heidegger, Martin: Sein und Zeit, 10. Aufl., Tübingen 1963;
- Heller, Theodor: Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961;
- Henke, Horst-Eberhard: Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966;
- Henkel, Heinrich: (1) Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München und Berlin 1964;
(2) Recht und Individualität, Berlin 1958;

- Hennis, Wilhelm: Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft, Neuwied am Rhein und Berlin 1963;
- Horn, Norbert: Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, S. 601 ff;
- Hruschka, Joachim: (1) Die Konstitution des Rechtsweges. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, Berlin 1965;
(2) Rechtsanwendung als methodologisches Problem, ARSP 1964, S. 485 ff;
- Husserl, Gerhart: Recht und Welt, Frankfurt a. Main 1964;
- Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, ArchöffR Bd. 82 (1957), S. 163 ff;
- Kant, Immanuel: (1) Kritik der reinen Vernunft, aus der Reihe: Immanuel Kants Werke, herausgegeben von Ernst Cassirer, Bd. III Berlin 1922;
(2) Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, aus der Reihe: Immanuel Kants Werke, herausgegeben von Ernst Cassirer, Bd. VIII Berlin 1923;
- Kindt-Kiefer, Johann Jakob: Über die Fundamentalstruktur des Staates. Theorie der sozialen Ganzheit, Bern 1940;
- Klaus, Georg: Moderne Logik. Abriß der formalen Logik, Berlin 1964;
- Klug, Ulrich: Juristische Logik, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1966;
- Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967;
- Kuchinke, Kurt: Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz. Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Bielefeld 1964;

- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969;
- Lausberg, Heinrich: Handbuch der literarischen Rhetorik;
München 1960;
- Mertner, Edgar: Topos und Commonplace, in: Strena
Anglica, Festschr. für Otto Ritter,
Halle/Saale 1956, S. 178ff;
- Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der
rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl.,
Einsiedeln-Zürich-Köln 1948;
- Popper, Karl Raimund: Logik der Forschung, 2. Aufl.,
Tübingen 1966;
- Rödig, Jürgen: Die Denkform der Alternative in der
Jurisprudenz, Berlin-Heidelberg-New York
1969;
- Rumpf, Max: Der Strafrichter, Bd. I: Die tatsächlichen
Feststellungen und die Strafrechtstheorie,
Berlin 1912;
- Sauer, Wilhelm: Juristische Methodenlehre, zugleich eine
Einleitung in die Methodik der Geistes-
wissenschaften, Stuttgart 1940;
- Sax, Walter: Das strafrechtliche "Analogieverbot". Eine
methodologische Untersuchung über die
Grenze der Auslegung im geltenden deutschen
Strafrecht, Göttingen 1953;
- Scheuerle, Wilhelm Alexander: (1) Rechtsanwendung,
Nürnberg und Düsseldorf 1952;
(2) Beiträge zum Problem der Trennung von
Tat- und Rechtsfrage, AcP 157 (Jahrgang
1958/1959), S. 1ff;
- Schindler, Dietrich: Verfassungsrecht und soziale
Struktur, 3. Aufl., Zürich 1950;
- Schneider, Egon: Rechtspraxis und Rechtswissenschaft.
Gedanken zur Methodenlehre, MDR 1967,
S. 6ff;
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, 15. Aufl.,
München 1970;

Vico, Gian Battista: De nostri temporis studiorum
ratione; Ausgabe der wissenschaftlichen
Buchgesellschaft Darmstadt, 1963;

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag
zur rechtswissenschaftlichen Grundlagen-
forschung, 4. Aufl., München 1969;

Zippelius, Reinhold: (1) Problemjurisprudenz und Topik,
NJW 1967, S. 2229 ff;
(2) Das Wesen des Rechts. Eine Einführung
in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl.,
München 1969;

L e b e n s l a u f

Am 1. April 1944 wurde ich in Lichtenfels a. Main geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Neustadt a.d. Aisch trat ich 1954 in das dortige Gymnasium m. Oberrealschule über, dessen humanistischen Zweig ich bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Jahr 1963 durchlief.

Im Winterhalbjahr 1963/64 nahm ich an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg das juristische Studium auf. Das vierte und fünfte Fachsemester absolvierte ich 1965/66 an der Freien Universität in West-Berlin. Anschließend setzte ich mein Studium wieder an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg fort, wo ich im Jahr 1968 die erste juristische Staatsprüfung ablegte.

Am 11. September 1968 trat ich als Rechtsreferendar in den Dienst des Freistaats Bayern.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990